THÈSE DE
CAEN.
1889
N°. 39

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE LA GESTION D'AFFAIRES

DROIT FRANÇAIS

DE LA RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

Dans les placements hypothécaires

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Lundi 1er Juillet 1889, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

François ERNOUT

Lauréat de la Faculté libre de Lille

Ire MÉDAILLE 1886

CAEN

Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu

1889

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE LA GESTION D'AFFAIRES

DROIT FRANÇAIS

DE LA RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

Dans les placements hypothécaires

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Lundi 1er Juillet 1889, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

François ERNOUT

Lauréat de la Faculté libre de Lille

Ire MÉDAILLE 1886

CAEN

Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu

1889

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0073

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE & DE MA MÈRE

A mes Parents

A MES PROFESSEURS

A MES AMIS

tés dans les textes avec toute la précision désirable. Gaius semble, dans ses commentaires, faire remonter l'origine de toutes les obligations à deux ordres de faits: les uns licites, les contrats basés sur l'accord commun, le consentement réciproque des parties ; les autres illicites, les délits qui, supposant un dommage causé à autrui contrairement au droit, entraînent la nécessité légale d'une réparation. Telles sont, en effet, les deux principales sources des droits de créance ; mais Gaius lui-même reconnaît que cette classification est incomplète, quand il écrit dans ses *res quotidianæ* (L, 1, pr. *de oblig. et act.*, 44, 7): *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Outre les contrats et les délits, le jurisconsulte romain signale, comme productifs d'obligations, des faits divers qui offrent l'image, soit des contrats, soit des délits, parce qu'ils sont licites sans constituer des conventions, ou illicites sans être qualifiés délits ; par suite de cette analogie, on a dit des obligations qui en découlent, qu'elles naissent comme d'un contrat, *quasi ex contractu*, ou comme d'un délit, *quasi ex delicto*.

C'est ainsi que Justinien arrive à la division restée classique des obligations en quatre catégories : *aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio* (Inst., *de oblig.*, § 2, III, 13).

Mais on ne trouve pas, dans les textes, la définition de cette classe d'obligations qui naissent *quasi ex contractu :* les jurisconsultes n'avaient même pas

trouvé de terme propre, d'expression assez exacte pour désigner d'un mot ces *causes de formes diverses*. Gaius disait des personnes obligées en vertu de faits licites, mais non conventionnels ; « quasi ex contractu teneri videntur ». Ces personnes sont obligées comme elles le seraient par un contrat. On ne rencontre jamais chez les jurisconsultes romains l'expression *quasi contractus*, ils parlent toujours des obligations nées *quasi ex contractu* : en employant la première expression, on paraîtrait vouloir rattacher ces obligations à un fait antérieur qui en serait la source, fait licite qui se rapprocherait d'un contrat par suite d'un consentement supposé. Or, cette théorie ne peut être appliquée en droit romain ; car, pour qu'il y ait quasi-contrat à Rome, il n'est pas nécessaire, comme en droit français, que l'obligation résulte d'un fait purement volontaire de l'homme (1371, C. C.) : les Romains rangeaient dans une même classe les engagements purement volontaires qui résultent de l'administration entreprise spontanément par un *negotiorum gestor*, et les engagements involontaires de l'héritier nécessaire et du tuteur qui ne peut invoquer aucune excuse ; or, pour ces derniers, l'obligation a son origine dans l'autorité de la loi, abstraction faite de tout consentement réel ou supposé.

Aussi faut-il rejeter comme trop étroite la formule suivante, donnée par un auteur comme définition des quasi-contrats : « Facta honesta quibus et ignoran-« tes obligantur ex consensu ob æquitatem vel uti-« litatem præsumpto. » (Heinneccius, *Elementa juris*,

§ 966.) Peut-être serait-il plus exact de dire que le quasi-contrat romain est tout fait licite, volontaire ou non, qui ne suppose pas l'accord conventionnel des parties, et qui est cependant susceptible d'engendrer une ou plusieurs obligations.

Les Institutes énumèrent cinq exemples de faits assimilés à des contrats: l'indivision, la gestion d'affaires, la tutelle et la curatelle, l'obligation de payer les legs et autres dispositions testamentaires, et la *condictio indebiti*. Le trait saillant dans tous ces cas est l'absence de convention ; mais chacun de ces faits est comme la figure d'un contrat déterminé: l'indivision se rapproche de la société; la gestion d'affaires, la tutelle et la curatelle ressemblent au mandat ; le paiement de l'indû n'est pas sans analogie avec le *mutuum*, et l'acceptation d'une disposition testamentaire peut être comparée au contrat verbal.

Après cet examen rapide des obligations et de leurs sources, abordons la théorie du quasi-contrat de gestion d'affaires, étude que nous diviserons en quatre chapitres:

1° *Nature et origines de la gestion d'affaires;*
2° *Conditions de la gestion d'affaires ;*
3° *Effets de la gestion d'affaires ;*
4° *Ratification des actes du gérant.*

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET ORIGINES DE LA GESTION D'AFFAIRES

Le quasi-contrat de gestion d'affaires est l'acte ou la série d'actes qu'une personne accomplit sur le patrimoine d'autrui, sans mandat exprès ou tacite du maître et dans l'intention de l'obliger.

Le gérant se nomme *negotiorum gestor*, et celui dont l'affaire est gérée *dominus rei gestæ* ou simplement *dominus*; la gestion d'affaires produit entre ces personnes des obligations réciproques sanctionnées par des actions *negotiorum gestorum*, *directa* au profit du maître, et *contraria* en faveur du gérant.

Comment un simple fait de gestion a-t-il pu donner naissance à des obligations entre personnes qui n'ont pas échangé leur consentement? Par quelle évolution le droit romain, qui, dans sa rigueur primitive, refusait de sanctionner les conventions si elles n'étaient revêtues de formes solennelles, en est-il arrivé à considérer comme productif d'obligations un acte, licite d'ailleurs, mais intervenu sans formalités extérieures, en dehors de tout concours de volontés et même à l'insu du créancier?

C'est là un exemple, le plus intéressant peut-être, des faits que le droit civil assimile à des contrats. La reconnaissance d'un *vinculum juris*, sanctionnée par des obligations réciproques, répondait à la nécessité de sauvegarder les intérêts des absents: car, dans

toute société il importe que les affaires des absents ne soient pas abandonnées ; mais ce motif d'ordre privé avait pris un caractère public sous l'influence de circonstances politiques exceptionnelles.

C'est en invoquant l'intérêt des absents que Justinien explique cette règle si contraire en apparences à tous les principes du droit. « Etiam ignorantes obligantur », dit-il aux Institutes ; et aussitôt il ajoute : « idque utilitatis causâ receptum est, ne « absentium qui, subitâ festinatione coacti, nulli « demandata negotiorum suorum administratione, « profecti essent, desererentur negotia : quæ sane « nemo curaturus esset si de eo, quod quis impen- « disset, nullam habiturus esset actionem » (Inst. *de oblig. quasi ex cont.*, § 1, III, 27).

D'autre part, Ulpien, parlant de l'édit du préteur sur la gestion d'affaires, nous enseigne que cet édit était nécessaire, et qu'il avait la plus grande utilité pour les absents : « quoniam magna utilitas absentium versatur » afin que ceux-ci n'aient pas à subir, sans être défendus, d'abord l'envoi en possession et ensuite, en vertu d'un second décret, la vente de leurs biens, ou l'aliénation du gage qu'ils ont donné, ou bien encore une condamnation pécuniaire en vertu de la clause pénale par eux acceptée dans une stipulation, ou enfin, d'une manière quelconque, la perte injuste d'une partie de leur patrimoine (L. 1, D. *de neg. gest.*, 3, 5).

Une lecture attentive de ce dernier texte permet peut-être de fixer l'époque où furent créées les actions *negotiorum gestorum*. L'intérêt majeur,

magna utilitas, dont parle Ulpien ne nous reporte-t-il pas aux proscriptions terribles qui signalèrent la dictature de Sylla, la chute de la République et l'avénement de l'Empire ? Des émigrations en masse laissaient les biens des riches exposés à la cupidité, à l'usurpation des fauteurs intéressés de troubles civils; d'autre part, les parents des exilés, leurs amis, tous ceux enfin qui, poussés par un sentiment généreux, avaient spontanément administré les biens des absents, devaient espérer qu'après la tourmente, les proscrits rentrés en possession de leur patrimoine ratifieraient une gestion aussi avantageuse, et tiendraient compte aux gérants de leurs impenses utiles. Dans l'intérêt des absents et pour le bien public, il fallait, à moins d'accumuler les ruines, repousser les envahisseurs avides sans décourager l'immixtion des honnêtes gens. Il est donc permis de conjecturer que, sous la pression des événements, les actions *negotiorum gestorum* furent créées au VII^e^ siècle de l'ère romaine. A l'appui de cette opinion, on peut faire observer que ces actions sont appelées à sanctionner *utiliter* les obligations réciproques nées de la curatelle; or il est reconnu que la tutelle et la curatelle, conformément à l'esprit originaire du droit de famille, ont été organisées dans l'intérêt exclusif du tuteur et du curateur, auxquels elles n'imposaient primitivement aucune obligation ; de plus la première trace d'une protection spéciale pour les mineurs de vingt-cinq ans se trouve dans la loi Plætoria, qui existait au milieu du VI^e^ siècle, et c'est pos-

térieurement à cette loi que les actions *negotiorum gestorum* apparaissent sous la forme utile. On peut donc raisonnablement supposer que la création de ces actions civiles remonte à un siècle avant l'époque de leur apparition dans le droit sous la forme utile.

Quoi qu'il en soit de l'époque de sa création et des circonstances qui ont pu l'accompagner, le quasi-contrat de gestion d'affaires est une institution inspirée par un sentiment d'humanité. Encourager les citoyens à prendre en main les intérêts des absents, sanctionner par des effets juridiques et traduire en obligations civiles, les rapports que cette immixtion fait inévitablement naître entre celui qui rend le service et celui qui en bénéficie ; mais contenir cette ingérence dans de sages limites, en y attachant, comme conséquence, une nécessité de rendre compte, qui l'empêche de devenir une occasion de gain : tel était le but de la loi en créant des liens de droit entre le gérant et le maître. Ces relations, nées des besoins sociaux, se retrouvent chez tous les peuples et dans tous les temps ; et la législation romaine, qui est parvenue à formuler les vrais principes de ces rapports, est restée en cette matière le modèle des législateurs modernes, qui se sont bornés à la copier en l'adaptant à leur époque par des réformes de détail.

C'est dire que l'action *negotiorum gestorum*, loin de revêtir les formes rigoureuses et spéciales du pur droit romain, fut, dès l'origine, basée sur l'équité : c'était une action *bonæ fidei*, permettant au juge de

statuer d'après les circonstances, en tenant compte des réclamations connexes du défendeur.

Dès qu'on eut reconnu la nécessité de donner une action à celui qui,généreusement,se chargeait des affaires d'un absent, on ne rencontra aucune difficulté: il existait une telle analogie entre la position du gérant d'affaires et celle du mandataire, que l'assimilation venait naturellement à l'esprit.

Le gérant est le premier et le principal obligé, et ses obligations s'expliquent facilement comme conséquence de son immixtion, alors même qu'il n'y a pas eu véritablement gestion d'affaires : il devra rendre compte de sa gestion,et le maître est armé contre lui de l'action *directa*.

A côté de l'obligation du gérant,apparaît une obligation accessoire et incidente qui est celle du maître ; elle est sanctionnée par une action *negotiorum gestorum contraria*, accordée au gérant pour lui permettre de recouvrer les dépenses qui résultent ordinairement d'une administration sage et éclairée. Cette obligation est plus difficile à expliquer : nous trouvons en effet en droit romain cette maxime : « Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. » (L. 36, *de reg. jur.*, 50, 17). C'est une faute que de s'ingérer dans les affaires d'autrui ; et comment cette immixtion, prohibée en principe par la loi, est-elle ici autorisée et protégée par elle? Sans doute, c'est seulement l'immixtion intempestive qui est répréhensible ; mais les Institutes nous donnent un motif de cette dérogation : qui donc voudrait se charger des intérêts des absents, s'il n'avait un moyen efficace d'obtenir le

recouvrement de ses déboursés ? (Inst., § 1, III, 27). A ce motif d'utilité, vient se joindre un motif d'équité: « In omnibus quidem maximè tamen in jure æquitas « spectanda sit » (L. 90, Dig., *de reg. jur.*, 50, 17). Si le maître profite des bénéfices de la gestion, il doit, en bonne justice, supporter aussi les dépenses qui ont servi à les lui procurer ; autrement, il violerait ce principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui : à un service rendu, il répondrait par une spoliation ; le gérant ne doit pas être victime de son dévoûment, de sa bonne foi ; car il est toujours fâcheux de tromper la bonne foi, « grave est fidem fallere ».

C'est principalement pour expliquer et sanctionner les obligations du maître envers le gérant, que les jurisconsultes ont relevé les analogies que présentent la gestion d'affaires et le mandat : dans les limites de son utilité, la gestion est un mandat ; on suppose que le maître, s'il avait été présent, aurait donné mandat d'exécuter tous les actes utiles qui ont été faits, s'il ne pouvait les accomplir lui-même. Le mandat absent, mais probable, et remplacé par une disposition légale ; telle est la base de la gestion d'affaires : et qu'on n'objecte pas, contre cette idée de mandat, qu'il peut y avoir gestion des affaires d'un fou, d'un pupille, et que ces personnes ne sauraient donner un consentement ; car, si elles avaient pu valablement consentir, ces mêmes personnes auraient sans doute donné mandat de faire tous les actes utiles qui ont été accomplis.

Nous touchons ici à l'une des principales diffé-

rences qui existent entre le mandat et la gestion d'affaires : le mandataire peut réclamer au mandant, outre ses impenses utiles, toutes celles qui sont conformes à la lettre et à l'esprit du mandat, tandis que le gérant n'a de recours contre le maître que pour les impenses faites utilement.

L'équité doit aussi jouer dans toute cette matière un rôle des plus importants : c'est elle qui a conduit les jurisconsultes à sanctionner des obligations nées d'un service gratuitement rendu, et c'est elle qui nous expliquera bien des solutions que repousserait la rigueur des principes ; les obligations du maître et du gérant doivent être appréciées *ex æquo et bono*.

L'action *negotiorum gestorum* est tellement conforme à l'équité que le droit prétorien intervient ici, non pas pour corriger le droit civil, mais au contraire pour le confirmer et l'étendre. Nous croyons, en effet, que le quasi-contrat de gestion d'affaires est l'œuvre du droit civil, qui en établit les principes et en sanctionna les conséquences.

Une opinion adverse y trouve, au contraire, les caractères d'une origine prétorienne et elle invoque, en ce sens, les expressions d'Ulpien dans le texte cité plus haut : « Hoc edictum necessarium est » (L. 1, D., *de neg. gest.*, 3, 5). L'édit était nécessaire, dit-on, parce qu'aucune disposition antérieure ne réglementait la gestion d'affaires. On cite également, en faveur de cette opinion, une loi qui reproduit les termes de l'édit du prêteur: « Si quis negotia alterius, « sive quis negotia, quæ cujusque, cum is moritur,

« fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo » (L. 3, D., *de neg. gest.*, 3, 5).

A ces arguments, nous répondrons que, rarement, le préteur se décide à créer une théorie nouvelle: son rôle est de seconder, compléter et corriger le droit civil en vue de l'intérêt général (L. 7, § 1, D. *de just. et jur.*, 1, 1). Mais sa première et principale mission consiste à maintenir et à faire fonctionner les institutions établies « adjuvandi « juris civilis gratiâ » : souvent, il confirmait uniquement les principes du droit civil, et c'est ainsi que nous retrouvons l'action de gestion d'affaires dans l'édit de préteur.

A l'appui de notre opinion, nous citerons les textes suivants :

1° L'empereur Antonin Caracalla semble bien qualifier civile l'action *negotiorum gestorum*, quand il s'exprime ainsi : « Adversus eos, qui negotia tua « gesserunt, negotiorum gestorum judicio civiliter « consiste « (L. 8, C. *de neg. gest.*, 2, 19).

2° Dans la loi 17, § 3 (*Commod. vel. contra*. D. 13, 6), Paul rapproche les actions *negotiorum gestorum* de celles issues du commodat et les qualifie d'actions civiles.

3° Elles sont encore rangées dans la classe des actions de bonne foi (Gaius, Com. IV, § 62. — Inst. § 28, *de act.*, IV, 6. — L. 5, D. *de act. et oblig.*, 44, 7). Or, cette distinction entre les actions de droit strict et celles de bonne foi s'applique seulement aux actions civiles.

Ce n'est donc pas dans la jurisprudence du

prêteur qu'il faut chercher l'origine des actions *negotiorum gestorum* ; mais nous verrons le droit prétorien intervenir fréquemment pour développer, dans un sens pratique et équitable, certains principes posés d'une manière trop étroite par le droit civil. Ainsi apparaîtront les actions *negotiorum gestorum* utiles, qui sont une extension de l'action civile à des cas où, dans la rigueur du droit strict, elle ne pouvait pas s'appliquer. Mais, lorsque le système des *judicia extraordinaria* vint remplacer la procédure formulaire, les actions utiles produisirent les mêmes effets que les actions civiles : aussi les jurisconsultes négligèrent-ils très souvent de mentionner si l'action accordée au gérant est une action directe ou une action utile (L. 47, § 1, D., *de neg. gest.*, 3, 5).

CHAPITRE II

CONDITIONS DE LA GESTION D'AFFAIRES.

La gestion d'affaires suppose un fait ou une série de faits : « Negotia, sic accipe : sive unum, sive plura », nous dit Ulpien dans sa paraphrase de l'édit précité (L. 3, § 2, D. *de neg. gest.*, 3, 5). Peu importe le nombre et la nature des affaires gérées, pourvu qu'elles soient honnêtes et licites: il y aura toujours le même quasi-contrat. Mais, pour cela, pour que le simple fait de la gestion puisse acquérir une valeur légale et devenir la source d'obligations réciproques munies d'actions, il faut la réunion des trois conditions suivantes :

1° La gestion doit se référer réellement au patrimoine d'un tiers et non à celui du gérant;

2° La gestion doit être ignorée du maître;

3° Le gérant a dû agir dans l'intention de gérer pour un autre et de l'obliger.

PREMIÈRE CONDITION

La gestion doit se référer au patrimoine d'un tiers

La première condition nécessaire à l'existence de la gestion d'affaires, c'est que la gestion entreprise concerne le patrimoine d'autrui; si donc, par erreur, croyant administrer les biens d'un tiers, le

gérant a fait en réalité une affaire qui lui était entièrement personnelle, il n'y aura pas *negotiorum gestio* : le gérant ne doit compte qu'à lui-même de son administration, il s'en attribue tous les avantages comme aussi il en supporte toutes les charges ; aucune obligation de gestion d'affaires ne peut prendre naissance : « Nulla ex utroque latere « nascitur actio » (L. 6, § 4, D., *de neg. gest.*, 3, 5). C'est en effet un rapport juridique entre le maître et le gérant ; or, ici le maître c'est le gérant. Les effets actifs et passifs de la gestion se réalisent immédiatement sur la tête du maître sans le secours d'un quasi-contrat. Ceci est tellement évident que l'on s'étonne de voir Julien formuler une règle semblable (L. 6, § 4, D., *de neg. gest.*, 3, 5). Mais les faits ne sont pas toujours aussi simples.

Si, parmi les choses gérées comme étant celles d'autrui, il s'en trouve quelques-unes qui soient la propriété exclusive du gérant, il y aura, quant aux autres, gestion d'affaires : « Quod si et suum et « meum, quasi meum gesserit, in meum tenebitur » (L. 6, § 4, D., *de neg. gest.*, 3, 5). Quand une affaire concerne à la fois le gérant et un tiers, il faut scinder l'opération, rejeter la gestion d'affaires en tant qu'elle porte sur les biens du gérant et l'accepter pour le surplus ; car rien n'indique ici un état d'indivision entre le tiers et le gérant.

Mais, si l'affaire est commune au gérant et au maître, par quelle action le gérant pourra-t-il obtenir le recouvrement de ses déboursés ? Les Romains font une distinction d'une application souvent fort dé-

licate : si le gérant, qui aurait pu séparer ses intérêts de ceux du maître et n'agir que pour son compte personnel et exclusif, a cependant préféré administrer l'affaire de tous, on lui accorde l'action *negotiorum gestorum contraria* pour le remboursement de ses impenses; car il a volontairement géré l'affaire d'autrui : si, au contraire, l'affaire est tellement connexe et indivisible que le gérant n'a pu spécialiser l'effet de son opération, et qu'en faisant sa propre affaire, il a dû nécessairement faire celle de son copropriétaire, dans ce cas il n'y a pas gestion volontaire de l'affaire d'autrui ; par suite les obligations réciproques qui résultent de cette situation ne proviennent que du fait de l'indivision ; il y aura donc lieu dans ce cas à l'action *communi dividundo*. Tels sont les principes de la matière (L. 6, § 7, D., *Comm. divid.*, 10, 3).

Pour montrer l'intérêt de la question, qu'il nous suffise de rappeler que, si le gérant et le communiste sont tous les deux responsables de leur faute, même légère, elle s'apprécie *in abstracto* chez le gérant, par conséquent plus sévèrement que pour le communiste ; car celui-ci ayant, comme l'associé, intérêt et qualité pour administrer, n'est tenu que de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des fautes qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires (L. 25, § 16, D., *fam. ercisc.*, 10, 12. — Inst., § 3, *de oblig. quasi ex cont.*, III, 27).

C'est, par exemple, un copropriétaire qui donne à bail un fonds indivis ou qui répare une maison ; ces actes ne constituent pas une *negotiorum gestio;* car on ne peut ni réparer une part indivise, ni la donner

à bail : il a dû ou s'abstenir absolument, ou, en agissant pour lui-même, agir aussi pour son copropriétaire, et c'est dans l'action en partage que l'obligation née de la gestion trouve sa sanction (L. 6, § 2, D., *Comm. divid.*, 10, 3).

Supposons, au contraire, qu'une maison commune menace ruine; l'un des copropriétaires est appelé devant le préteur par un voisin, pour fournir la *cautio damni infecti*, et il la donne pour le tout : un tel acte n'est pas une conséquence de l'indivision, puisque chacun des copropriétaires aurait pu être condamné séparément à fournir cette caution ; il a donc fait volontairement l'affaire de ces cointéressés, et il y aura entre eux quasi-contrat de gestion d'affaires (L. 40, D., *de neg. gest.*, 3, 5.— L. 6, § 7, D., *Comm. divid.*, 10, 3). Telle était, au dire d'Ulpien, l'opinion de Labéon et de Papinien en matière de gestion d'une chose indivise : il semble donc qu'une doctrine aussi bien établie soit à l'abri de toute controverse.

Cependant une difficulté s'est élevée sur l'interprétation d'un texte de Papinien ainsi conçu : « Uno « defendente causam communis aquæ, sententia « prædio datur ; sed, qui sumptus necessarios proba- « biles in communi lite fecit, negotiorum gestorum « actionem habet. » (L. 31, § 7, D., *de neg. gest.*, 3, 5.) Voici l'hypothèse : une servitude d'eau existe au profit d'un héritage indivis ; un procès relatif à cette servitude est intenté par le propriétaire du fonds servant, et un seul des copropriétaires du fonds dominant défend à cette action et obtient gain de cause. Par quelle action ce dernier pourra-t-il réclamer à

son copropriétaire une partie des frais du procès? Papinien lui donne l'action *negotiorum gestorum;* mais ne serait-il pas logique, d'après les principes ci-dessus admis, d'accorder ici l'action *communi dividundo* ? En effet, par suite de l'indivisibilité des servitudes, le défendeur, en soutenant son droit, devait, nécessairement et malgré lui, conserver le droit de ses copropriétaires; car les demandes judiciaires relatives à une servitude ne peuvent jamais être intentées pour partie seulement (L. 4, §§ 3 et 4, D., *Si serv. vind.*, 8, 5). Faut-il dire que Papinien s'est mis en contradiction avec lui-même, ou bien est-il possible de justifier cette décision par les principes généraux du droit?

Pothier (*Pand. Just. de neg. gest.*, n° 3.) croit qu'il n'existe pas d'explication satisfaisante de cette disposition, et préfère y voir une solution susceptible d'être critiquée.

Accurse suppose que le fonds dominant a cessé d'être commun, qu'il a été divisé,et avec lui la servitude elle-même ; par suite, celui qui a défendu au procès pour le tout a géré l'affaire de son ancien copropriétaire; mais le texte repousse cette hypothèse ; « causam communis aquæ », dit-il, l'eau est encore commune ; et, si le fonds était divisé, il y aurait deux fonds, et non un seul comme le porte la loi « sententia prædio datur ».

Cujas (*ad legem*, 31, § 7. *neg. gest.*) donne à notre avis l'explication la plus rationnelle. L'action *communi dividundo* ne se conçoit qu'autant qu'un partage est possible : or, la servitude n'est pas susceptible

d'être partagée, car elle est indivisible; elle appartient à chacun pour le tout et non pour une part indivise; il y a autant de servitudes que de copropriétaires. Les frais faits ne peuvent donner lieu ni à l'action en partage, puisqu'il ne peut pas y avoir de partage de la servitude, ni à l'action *negotiorum gestorum* proprement dite, puisque le copropriétaire, par suite de l'indivisibilité de la servitude, n'a pas pu défendre à l'action négatoire pour lui seul. Nous croyons donc que l'action dont parle Papinien est une action *negotiorum gestorum utilis*. (Comp. Accarias, *Précis de droit romain*, T, II, n° 656, p. 591, n° 1.)

Supposons maintenant le cas du paiement d'une dette corréale ou solidaire : le codébiteur qui a payé intégralement pourra-t-il, invoquant une gestion d'affaires, exercer un recours contre ses codébiteurs ?

S'agit-il de corréalité proprement dite, c'est-à-dire d'une obligation sanctionnée par une *condictio*, le débiteur qui a payé ne pourra réclamer que s'il existe en sa faveur dans un contrat de société, dans une communauté quelconque d'intérêts, ou dans une circonstance analogue, le fondement d'une action *pro socio communi dividundo*, *negotiorum gestorum*, *mandati* : en d'autres termes, le rapport de mandat et de gestion d'affaires n'est pas admis de plein droit entre codébiteurs corréaux ; si l'un d'eux a payé, ce n'est pas pour être utile aux autres, mais pour se libérer lui-même (L. 62., pr. D., *ad. leg. Falci*, 35, 2). Dès qu'il est poursuivi ou qu'il a payé, l'obligation est éteinte sans recours possible : car il ne paie que sa propre dette, une dette qui, par le choix du créancier, et dès

avant le paiement, cesse d'être celle de ses codébiteurs. Ce principe, Justinien ne l'a modifié que dans l'intérêt des créanciers et nullement dans l'intérêt des débiteurs corréaux (L. 28, C. *de fidej.*, 8, 41). Celui qui paie la dette ne gère donc pas l'affaire de ses codébiteurs, mais seulement la sienne propre, puisque, dès la *litis contestatio*, il reste seul et définitivement obligé.

Dans l'hypothèse d'une simple obligation solidaire, c'est-à-dire, en général, d'une obligation qui donne lieu à une action de bonne foi où à une action prétorienne, le codébiteur qui a payé intégralement la dette sans invoqner le bénéfice de division ou celui de cession d'actions, pourra-t-il réclamer à chacun de ses codébiteurs une part de la dette sous prétexte qu'en la payant en totalité, il a géré l'affaire de tous ?

A ce sujet, un texte de Julien, qui forme la loi 30 (D., *neg. gest.*, 3. 5.) a soulevé de grandes difficultés Voici l'espèce : un curateur est nommé par un décret de la curie, à l'effet d'acheter du froment de première qualité ; on lui adjoint un sous-curateur ; celui-ci détériore ce froment par un mélange, et l'acquisition faite dans un intérêt commun resté à la charge du curateur. Valerius Severus répond que le curateur aura l'action *negotiorum gestorum,* qu'on donne la même action à un tuteur contre un cotuteur et à un magistrat contre un autre magistrat, à moins qu'il ne soit complice de fraude.

Écartons d'abord une matière où toute espèce de recours est refusé : c'est lorsque la dette corréale ou

solidaire provient d'un délit, ou lorsque la poursuite du créancier est fondée sur un dol commun à tous les débiteurs, ou sur le dol personnel du débiteur poursuivi ; car la loi ne saurait voir un germe de recours dans un fait délictueux (L. 1, § 14, D., *de tut. et rat.*, 27, 3.— L. 44, § 5, *fam. ercis.*, D. 10, 2).

A part cette exception, nous croyons, avec M. de Vangerow (Inst. *de duobus reis*), qu'une action *negotiorum gestorum utilis* doit être accordée au codébiteur solidaire qui a désintéressé le créancier. Pourquoi en effet restreindre, comme le voulait Cujas, l'application de la loi 30 au seul cas où il s'agit d'administrateurs qui *commune officium gerunt*, tels que ceux cités par la loi et dont la gestion engage la responsabilité les uns des autres, puisque les motifs d'une décision semblable existent à l'égard de tous les débiteurs solidaires, qu'il s'agisse de cotuteurs ou de plusieurs dépositaires ou plusieurs commodataires.

Nous nous refusons également à considérer la solution présentée dans la loi 30, comme l'expression d'une doctrine abandonnée. Pour soutenir cette opinion, qui supprime tout recours entre codébiteurs solidaires, on prétend que Julien, en rapportant la décision de Valerius Severus, la critiquait ensuite et que la réfutation n'a pas été reproduite par les rédacteurs du Digeste : ce sont des hypothèses qui nous paraissent bien difficiles à admettre.

Quoi qu'il en soit, ce texte, tel qu'il figure au Digeste, fait incontestablement partie du droit de Justinien, et il n'est pas impossible de le justifier. En

effet, dans le cas de l'obligation corréale, celui qui paie n'exécute que sa propre obligation et non celle d'autrui puisqu'il n'y en a qu'une seule, « una res vertitur ». Au contraire, au cas de solidarité simple, il y a *alia atque alia obligatio*, autant d'obligations distinctes que d'obligés, il n'y a qu'une seule créance, mais plusieurs dettes alternatives : si l'un des débiteurs solidaires paie intégralement, il éteint, non pas seulement sa propre dette, mais encore celle des autres ; car, jusqu'au paiement, il y avait plusieurs dettes. « Ceteri perceptione, non litis contestatione liberabuntur » (L.L. 3 et 4, D., *qui effud. vel. dej.*, 9, 3.) Et, puisqu'il intervient ainsi dans l'affaire d'autrui, sinon avec l'intention d'obliger, du moins en pleine connaissance du service rendu, il aura, pour se faire indemniser, une action *negotiorum gestorum utilis*.

C'est ainsi que nous avons vu Papinien et Paul accorder cette même action à titre utile au copropriétaire d'un fonds dominant qui a défendu seul à l'action négatoire, ou qui a fait réparer à ses frais le chemin établi pour l'exercice d'une servitude, parce que, sans le vouloir sans doute, mais aussi sans l'ignorer, il a géré avec la sienne propre l'affaire d'autrui (L. 31, § 7, D., *neg. gest.*, 3, 5. — L. 19, § 2, D., *com. divid.*, 10, 3).

Sous l'influence de la *bona fides* qui préside aux relations des codébiteurs solidaires, on assimile au gérant d'affaires celui d'entre eux qui paie la totalité de la dette : le recours qu'on lui accorde devient ainsi l'un des caractères distinctifs de la solidarité.

Pour qu'il y ait gestion des affaires d'une personne, il n'est pas nécessaire que ce soit principalement et directement l'affaire de cette personne qui ait été gérée, il suffit qu'elle y soit intéressée de telle manière que sa responsabilité soit engagée ; et, avant tout, il faut examiner quel est celui auquel le gérant a voulu rendre service.

C'est ainsi que le tuteur sera tenu envers moi de l'action *negotiorum gestorum*, si, pour le soustraire à l'action *tutelæ directa* que sa négligence lui fait encourir, j'administre sans mandat le patrimoine de son pupille. En effet, j'ai voulu surtout être utile au tuteur, dont ma gestion a dégagé la responsabilité. Quant au pupille dont, en réalité, j'ai géré l'affaire, j'aurai contre lui, non pas l'action civile de gestion d'affaires, puisque je n'ai pas eu l'intention de l'obliger, mais l'action utile jusqu'à concurrence du profit qu'il aura retiré de ma gestion (L. 6, pr., D., *de neg. gest.*, 3, 5).

Dans l'hypothèse suivante, ce n'est pas contre la personne avec laquelle j'ai traité que j'aurai l'action, mais contre celle à laquelle j'ai voulu rendre service. Dans votre intérêt exclusif, je prête à votre mandataire une somme d'argent destinée à éteindre votre dette ou à libérer un gage que vous avez donné ; aurai-je action contre votre mandataire ? Nullement ; car c'est votre affaire que j'ai entendu gérer et non la sienne : le mandataire n'était qu'un intermédiaire, c'est à vous seul que j'ai voulu rendre service, et c'est contre vous seul que j'aurai l'action *negotiorum gestorum*. Et,

si le mandataire s'était obligé par stipulation à me restituer la somme prêtée, l'action *ex stipulatu* dont il serait tenu constituerait à mon profit une sûreté de plus, *ex abundanti*, mais ne vous dégagerait pas des obligations résultant de l'acte de gestion que j'ai accompli pour vous rendre service (L. 6, § 1, C., *de neg. gest.*, 3, 5.)

Si, au contraire, dans l'intention d'augmenter votre crédit et aussi pour exécuter la promesse de votre mandataire, *liberandæ fidei ejus causâ*, je cautionne, en son lieu et place, une dette que vous aviez contractée, vous êtes tous deux intéressés à ma gestion, et j'aurai contre tous les deux l'action de gestion d'affaires (L. 46. § 1, D., *de neg. gest.* 3, 5).

Enfin, s'il est nécessaire que l'affaire d'un tiers soit gérée, il importe peu que le maître de l'affaire soit une personne physique ou une personne morale, telle qu'une cité, une corporation : nous verrons également que l'on peut gérer les affaires d'une succession vacante.

DEUXIÈME CONDITION

La gestion doit être ignorée du maître

En effet, si la gestion avait été entreprise du consentement exprès ou même tacite du maître, les obligations réciproques des parties auraient pour cause, non plus le fait de la gestion, mais l'accord des volontés : au lieu d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, apparaîtrait un véritable contrat de mandat.

Et la situation serait bien différente ; car, s'il y a eu gestion d'affaires, le gérant ne peut être poursuivi qu'à la suite d'une immixtion réelle dans les affaires du maître : au contraire, dans le cas d'un mandat, le maître peut intenter l'action *mandati directa,* bien que le mandataire n'ait encore fait aucun acte de gestion ; car son inaction même engage la responsabilité du mandataire et devient pour lui une source d'obligations (L. 6, § 1, D., *Mand.* 17, 1).

Mais, pour cela, il faut un mandat véritable : la croyance erronée du gérant à l'existence d'un mandat ne suffirait pas pour lui permettre d'exercer l'action *mandati contraria;* et l'action *negotiorum gestorum* pourrait seule prendre naissance à raison du fait de la gestion. L'erreur du gérant ne supprime pas son intention d'obliger celui dont il a géré les affaires (L. 5, pr. D., *de neg. gest.*, 3, 5).

Il en est de même du mandat nul : la gestion entreprise en vertu d'un pareil mandat donnerait lieu aux actions *negotiorum gestorum.* Si je donne mandat à un homme libre qui me sert de bonne foi comme esclave, ce mandat qui n'est pas librement consenti est nul : or, nous savons que la croyance à l'existence d'un mandat purement fictif n'empêche pas qu'il y ait gestion d'affaires. Telle était l'opinion de Labéon, Paul et Julien (L. 19, § 2.—L. 6, § 5, D., *neg. gest.*, 3, 5.) Toutefois, Pomponius et Celse accordaient l'action *mandati* ou une action *prescriptis verbis* (L. 13, § 2, D., *commod.* 13, 6).

Mais il n'est pas nécessaire que le mandat soit

exprès : il peut être simplement tacite, et le silence du maître qui, témoin ou informé des actes du gérant, ne veut pas s'y opposer, transforme la gestion en un mandat.L'existence du mandat tacite, attaquée dans notre législation depuis le Code civil, paraît n'avoir soulevé aucune difficulté en droit romain. Les textes sont nombreux et unanimes. « Semper qui « non prohibet pro se intervenire mandare credi- « tur », dit Ulpien (L. 60, D., *de reg. jur.*, 50, 17). Et, il se répète ailleurs : « Si passus sim aliquem pro « me fidejubere, vel aliàs intervenire mandati teneor » (L. 6, § 2, D., *Mand.*, 17, 1). De même, encore, dans la loi 18 au titre du mandat dans le Digeste. A son tour, Papinien écrit : « Qui fide alterius, pro « alio jusserit præsente et non recusante, utrosque « obligatos habet jure mandati » (L. 53, D., *Mand.*, 17, 1).

Toutes ces décisions sont conformes aux principes : dès qu'il y a accord de volontés il y a contrat, que cette volonté commune soit manifestée par des paroles ou par des faits.

Mais une controverse s'est élevée au cas d'absence du maître ; et, pour prétendre que, même en droit romain, la connaissance que le maître avait de la gestion ne donne pas, nécessairement et dans tous les cas, à l'opération le caractère d'un mandat tacite, on invoque entre autres textes une loi ainsi conçue : « Qui servum meum, me ignorante vel « absente, in noxali causâ defenderit, negotiorum « gestorum in solidum mecum, non de peculio « aget ». (L. 41, D., *neg. gest.*, 3, 5. — Voir en-

core L. 19, § 3, *eod. tit.* — LL. 6 et 7, D., *ad sen. c. Vell.*, 16, 1). Pour qu'il y ait gestion d'affaires, cette loi requiert que l'affaire soit gérée « ignorante « vel absente domino » ; le concours simultané de ces deux conditions, ignorance et absence, n'est donc pas nécessaire, une seule suffira : il peut y avoir gestion d'affaires, dit-on, si le maître est absent, bien que la gestion n'ait pas eu lieu à son insu.

C'est donner, croyons-nous, au mot *vel*, qui figure dans la loi précitée, une portée qu'il n'a pas. Dans ce texte, Paul veut indiquer une différence d'efficacité entre l'action *de peculio* et l'action *negotiorum gestorum* accordée dans l'espèce qu'il envisage; mais il ne songe nullement à préciser les conditions de formation du quasi-contrat de gestion d'affaires.

De plus, la loi 11 (D., *neg. gest.*, 3, 5) exige formellement, outre l'absence du maître, son ignorance de la gestion entreprise : « Si negotia absentis et igno- « rantis geras... »

Enfin le mot *ignorans*, que l'on rencontre à chaque pas dans notre titre, joint au mot *absens*, prouve suffisamment que l'ignorance du maître est indispensable au quasi-contrat de gestion d'affaires.

Mais, si le consentement exprès ou tacite du maître transforme la gestion d'affaires en un mandat, ce serait une erreur de croire que tout mandat est absolument exclusif de la gestion d'affaires.

Le mandataire qui excède les limites de son mandat n'aura pas l'action *mandati* pour recouvrer les dépenses qu'il a faites en dehors de son mandat;

mais il pourra, dans cette mesure, intenter contre le maître l'action *negotiorum gestorum contraria*. Papinien fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante (L. 32, D., *neg. gest.*, 3, 5): un débiteur a contracté envers le même créancier deux obligations distinctes garanties chacune par un gage différent; de plus, un fidéjusseur, sur le mandat du débiteur, a cautionné l'une de ces dettes. Si le fidéjusseur paie la dette du débiteur principal, il aura, pour répéter ses déboursés, l'action *mandati contraria;* et, en outre, s'il stipule la cession d'actions, il aura comme garantie le gage affecté à l'acquittement de la dette cautionnée; mais il s'aperçoit que ce gage est insuffisant pour l'indemniser, tandis que la valeur des deux gages réunis est supérieure à la somme des deux dettes. Il acquitte alors les deux dettes et se fait céder les actions, croyant ainsi s'assurer un recours pour l'intégralité de ses avances; mais il commet ici une erreur de droit: car les deux gages, ayant été constitués par deux contrats distincts, restent, même après ce double paiement, affectés chacun à une dette spéciale; et, bien que réunis entre ses mains, ils demeurent séparés quant à leur affectation. D'un autre côté, il a certainement un recours pour la dette non cautionnée; mais par quelle action ce recours est-il garanti? Ce n'est pas par l'action *mandati contraria*, car le débiteur ne lui a pas donné mandat de payer cette seconde dette; Papinien lui accorde l'action *negotiorum gestorum*: on pourrait même s'en étonner; car le fidéjusseur a agi dans son intérêt personnel *existimans indemnitati suæ confusis prædiis*

consuli posse: mais il a fait aussi l'affaire du débiteur principal dont il a acquitté la dette. De plus, si, dans le principe, il avait consenti à cautionner l'une des deux dettes, c'était pour rendre un service, pour exécuter un mandat donné par le débiteur; et, puisque celui-ci profitait de l'extinction de l'autre dette, il ne pouvait équitablement en refuser le remboursement sous prétexte que toutes les conditions de la gestion d'affaires n'étaient pas remplies.

Voici d'autres cas de concours entre l'action de mandat et l'action de gestion d'affaires. Un tiers, sur le seul mandat du mari, a fait les affaires du mari et de la femme : il aura la qualité de mandataire vis-à-vis du mari, et celle de gérant d'affaires à l'égard de la femme (L. 14, C., *neg. gest.*, 2, 19). De même si la gestion a été entreprise par une autre personne que celle qui avait reçu mandat de gérer. Un débiteur principal donne mandat à un tiers de le cautionner; celui-ci ne le fait pas, mais un autre s'engage pour lui : il aura l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur principal (L. 46, § 1, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Ulpien cite encore les hypothèses suivantes empruntées à Marcellus. Je me proposais de gérer l'affaire de Titius, et vous me donnez mandat à cet effet : j'aurai contre Titius l'action de gestion d'affaires et contre vous celle de mandat. L'intention que j'ai eue d'administrer l'affaire de Titius avant d'en avoir reçu le mandat, fait naître pour moi l'action de gestion d'affaires, même si la gestion n'a eu lieu qu'après l'acceptation du mandat. Il en est de même si, au moment où je vais entreprendre la gestion d'une

affaire, un tiers intervient et se porte fidéjusseur du maître, j'aurai à la fois l'action *ex stipulatu* contre le fidéjusseur et l'action *negotiorum gestorum* contre le maître (L. 3, § 11, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Quant au fidéjusseur qui intervient spontanément, il aura l'action *negotiorum gestorum* contre le maître (L. 4, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Nous avons vu que la gestion d'affaires suppose l'absence de tout consentement exprès ou tacite du maître; mais que décider lorsqu'un individu gère les affaires d'autrui *invito domino*, malgré l'opposition formelle du maître? il est évident qu'il n'y a pas mandat, mais y a-t-il une *negotiorum gestio* proprement dite?

Il importe de préciser. Sans nul doute, l'action directe utile contre le gérant existe toujours; le maître pourra certainement en user pour demander compte au gérant de ses actes d'immixtion: là n'est pas la difficulté.

Mais on se demande si le gérant lui-même est admis à recourir contre le maître pour recouvrer ses frais de gestion. Tous les jurisconsultes étaient d'accord pour refuser au *gestor* l'action *negotiorum gestorum* du droit civil. Le fidéjusseur, dit Paul, qui intercéderait pour un débiteur en sa présence, mais malgré sa défense, ne pourrait avoir ni l'action *mandati*, ni l'action *negotiorum gestorum* (L. 40, D., *Mand.* 17, 1).

Mais, à défaut de *negotiorum gestio* véritable, ne pouvait-on pas tourner la rigueur du droit afin de faire indemniser le gérant. La question était contro-

versée, *apud magnos auctores dubitabatur*. Certains auteurs, entre autres Proculus, lui accordaient l'action *negotiorum gestorum contraria utilis*, pour cette raison que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; mais c'était l'opinion de la minorité : « Quidam « putant utilem dari » dit Paul dans la loi précitée. Papinien et Gaius accordaient au gérant une action jusqu'à concurrence de l'enrichissement du maître, *de eo quod locupletior factus est* (L. 53, D., *Mand.* 17, 1.— L. 39, D., *neg. gest.*, 3, 5).

La doctrine la plus suivie ne lui donne aucun recours : s'il ne possède plus, il ne pourra intenter aucune action, pas même jusqu'à concurrence de l'enrichissement produit ; et, s'il possède encore, il ne pourra pas opposer l'exception de dol à la revendication du maître : on le traite comme le possesseur de mauvaise foi qui élève des constructions sur le terrain d'autrui. Ainsi décidaient Paul et Pomponius (L. 40, D. *mand.*).

Justinien, s'appuyant sur l'opinion de Julien, décide que le gérant n'a aucune espèce d'action pour tous les frais faits par lui depuis le jour où l'opposition du maître lui a été signifiée par écrit ou devant témoins (L. 24, C. *neg. gest.*, 2, 19).

En résumé, le quasi-contrat de gestion d'affaires ne se forme que d'un côté : le maître ne doit rien pour un service dont il ne voulait pas, et le gérant est considéré comme ayant agi *animo donandi* (Accarias, T. II, n° 656, 2°).

Une hypothèse assez délicate peut se présenter : une personne gère l'affaire de deux associés dont l'un

ignore la gestion, tandis que l'autre s'y oppose ; aura-t-elle l'action *negotiorum gestorum* contre le premier ? Il ne serait pas équitable de lui refuser l'action contre l'associé qui ne s'est pas opposé à la gestion ; car, à son égard, il y a tous les éléments d'une gestion d'affaires : il ne peut se trouver libéré de ses obligations par le seul fait de l'opposition de son coassocié. La raison de douter vient de ce que l'associé qui aura payé les frais de gestion comme *dominus rei gestæ* se retournera contre son coassocié, qui, malgré son opposition, subira ainsi indirectement l'action de gestion d'affaires. Julien, au dire d'Ulpien, accorde l'action *negotiorum gestorum* au gérant contre le maître qui a ignoré la gestion, mais à la condition que celui des associés qui a interdit la gestion, ne pourra être atteint ni directement par l'action du gérant, ni indirectement par le recours de son coassocié ; car il ne doit éprouver aucun dommage à raison d'une gestion entreprise malgré lui (L. 8, § 3, D., *neg. gest.*, 3, 5).

TROISIÈME CONDITION

Intention de gérer pour un autre et de l'obliger.

Cette condition est formellement exigée par les textes : c'est, en effet, pour défaut de cette intention d'obliger autrui que le jurisconsulte Paul refuse, ainsi que nous le verrons bientôt, l'action de gestion d'affaires à celui qui gère l'affaire d'un tiers

croyant faire la sienne propre (L. 14, § 1, D., *Com. divid.*, 10, 3).

En pur droit civil, il ne suffit même pas que le gérant ait eu l'intention d'obliger quelqu'un ; mais il faut aussi qu'il ait dirigé cette intention vers le maître véritable, qu'il n'ait pas commis d'erreur relativement à la personne obligée. Mais, dès que cette intention existe, il importe peu que le gérant ait voulu en même temps exécuter un mandat donné par une autre personne (L. 3, § 11, D., *neg. gest.* 3, 5). En pareil cas, le mandat et la gestion d'affaires se forment simultanément. Si je donne mandat à quelqu'un de faire pour moi une affaire qui m'est commune avec vous, Labéon, au dire de Julien, enseigne que, si le mandataire avait connaissance qu'il gérait en même temps notre affaire, vous serez tenu envers lui de l'action *negotiorum gestorum* (L. 6, § 4, D., *neg. gest.*, 3, 5). Le gérant aura ici deux actions, l'action de gestion d'affaires pour la part afférente au communiste dont il a utilement géré les affaires sans avoir reçu mandat de lui, et l'action *mandati* pour le tout contre le mandant : celui-ci pourra, de son côté, exercer contre le communiste un recours, non point par l'action *negotiorum gestorum*, mais par l'action *communi dividundo*, suivant les principes ci-dessus exposés.

A plus forte raison, n'examine-t-on pas si le gérant s'est imaginé avoir reçu du maître un mandat qu'en réalité il n'avait pas (L. 5, pr. D., *neg. gest.*, 3, 5). Une telle erreur laisse toute sa force à l'intention du gérant, qui aura, dès lors, une action civile pour se faire indemniser des dépenses utiles.

Au contraire, le lien de droit ne se forme pas, s'il y a eu erreur sur l'identité de la personne du maître ; si j'ai géré les affaires d'une personne croyant faire celles d'une autre. L'intention d'obliger subsiste bien malgré l'erreur, mais elle n'atteint pas son but : le droit civil, dans sa rigueur primitive, refusait toute action au gérant, soit contre le *dominus* qu'il ne voulait pas obliger, soit contre celui qu'il voulait obliger puisque, en réalité, l'affaire n'était pas celle de ce dernier.

Mais le droit prétorien s'inspirant des règles de l'équité apporta au gérant, victime d'une erreur parfois invincible, son secours ordinaire en lui accordant à titre utile l'action *negotiorum gestorum*, toutes les fois qu'il aurait eu l'intention indiscutable d'obliger un tiers. Telle est la règle tracée par Ulpien dans la loi 5, § 1. (D. *neg. gest.*, 3, 5.) « Sed si, cum pu-« tavi Titii negotia esse, cum essent Sempronii, ea « gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum « gestorum tenetur. »

Voici une autre hypothèse : Titius paie, pour sa sœur instituée héritière, les créanciers héréditaires ; le testament est ensuite annulé : il aura, contre les héritiers *ab intestat* du défunt, l'action utile de gestion d'affaires, « quia æquum est eum in damno non « versari » (L. 45, § 2, D., *neg. gest.*, 3, 5) ; car il a eu l'intention d'obliger l'héritier, maître de la succession.

Ainsi encore, je verse une somme d'argent pour arracher à la mort un esclave poursuivi *noxaliter ;* je le croyais la propriété de Titius et c'est à Sempro-

nius qu'il appartient : j'aurai contre ce dernier l'action utile (L. 6, § 8, D., *neg. gest.*).

De même, Pomponius cite l'espèce suivante. J'ai géré l'affaire d'un homme libre qui vous servait de bonne foi comme esclave ; quelle action aurai-je pour me faire indemniser de mes dépenses utiles ? Si j'ai ignoré sa qualité d'homme libre, évidemment, j'ai voulu n'obliger que vous ; j'ai donc contre vous l'action civile pour ce qui fait partie de votre patrimoine, *ex re tuâ* ou *ex operis servi*, et l'action utile contre l'esclave présumé pour ce qui l'intéresse. Si j'avais connu sa qualité d'homme libre, c'est lui sans doute que j'aurais voulu obliger et j'exercerais contre lui l'action du droit civil,et contre vous l'action utile pour les affaires dont vous auriez profité (L. 6, § 7, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Cette dernière hypothèse, que nous citons comme exemple d'une erreur sur la personne du maître, nous donne aussi l'idée d'une autre situation qui appelle encore l'intervention du préteur. Nous avons vu, en effet, que si une affaire intéressait à la fois plusieurs personnes que le gérant avait voulu obliger, il avait l'action civile *negotiorum gestorum* contre chacune d'elles pour sa part : *quid* si le *gestor*, agissant en considération d'une ou de plusieurs personnes, fait indirectement l'affaire d'une ou de plusieurs autres sans avoir songé à les obliger, mais seulement par suite de leur communauté d'intérêts ? En droit civil pur, il aura bien l'action de gestion d'affaires contre les personnes qu'il a voulu obliger, mais non pas contre celles dont il a fait les affaires sans le savoir

ni le vouloir ; mais, ici encore, le préteur intervient pour lui accorder l'action utile.

Par exemple, en gérant les affaires de Sempronius, j'ai fait une affaire qui à mon insu concernait Titius : je suis tenu de l'action civile envers Sempronius et de l'action utile envers Titius ; mais je ne serai pas condamné vis-à-vis de Sempronius tant qu'il ne m'aura pas donné caution de me libérer envers Titius ; car je ne dois pas payer deux fois (L. 30, § 1, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Vous donnez à mon fils le mandat d'acheter un fonds de terre et c'est moi qui réalise cet achat. Je n'aurai pas l'action *mandati* contre vous, qui ne m'avez pas donné mandat ; mais pourrai-je exercer l'action *negotiorum gestorum* ? Distinguons suivant l'intention qui m'a fait agir : ai-je voulu être utile au maître à qui le fonds convenait, je puis intenter contre lui l'action *negotiorum gestorum contraria* du droit civil. Si, au contraire, j'ai agi en considération de mon fils et pour le soustraire à la condamnation dont il était menacé pour inexécution du mandat, l'action *negotiorum gestorum* ne me sera pas accordée contre le maître ; mais l'action *mandati* subsiste entre le mandant et mon fils : le mandant pourra donc agir contre moi *de peculio* (L. 46, pr. D., *neg. gest.*, 3, 5).

La loi 6 § 6, (D., *neg. gest.*, 3, 5) s'occupe du recours accordé à la personne qui a géré les affaires d'un fils ou d'un esclave. Or l'administration du pécule intéresse à la fois le fils ou l'esclave et le père ou le maître ; il faut donc, pour déter-

miner les droits du gérant, s'attacher à l'intention qui l'a guidé. A-t-il agi en considération du père ou du maître, il aura contre le *paterfamiliâs* l'action de gestion d'affaires; si, au contraire, il a géré par affection pour le fils ou l'esclave ou bien en considération de leurs personnes, l'action ne lui sera donnée que *de peculio* contre le père ou le maître. Or cette action disparaît avec le pécule, s'il est complètement absorbé par les sommes dues au maître; cependant le gérant a fait indirectement l'affaire du maître jusqu'à concurrence de ce dont le pécule s'était enrichi : telle était pourtant la rigueur du droit civil. Mais Pomponius accorde au gérant contre le maître, et dans la proportion de l'enrichissement du pécule, l'action utile de gestion d'affaires, qui subsiste après la disparition du pécule.

Ainsi donc, dès qu'il a eu l'intention d'obliger autrui, le gérant trouve, dans le droit civil ou dans l'édit du préteur, l'action *negotiorum gestorum* pour se faire indemniser de ses frais de gestion; mais il n'en est plus de même s'il gère l'affaire d'autrui *animo donandi*, par esprit de libéralité, ou dans le but de réaliser un bénéfice personnel, *sui lucri causâ*, ou enfin dans la croyance qu'il fait sa propre affaire.

Qu'il n'y ait pas d'action *negotiorum gestorum* à la suite d'une gestion entreprise *animo donandi*, c'est absolument conforme à l'intention du gérant et à l'irrévocabilité qui accompagne d'ordinaire une libéralité. Le principe est incontestable et son applica-

tion ne souffre aucune difficulté, lorsque le gérant a nettement manifesté son intention ; mais il n'en est pas toujours ainsi : certains cas peuvent être douteux. Aussi la loi romaine, malgré l'adage *nemo donare præsumitur*, présume parfois que le gérant est intervenu, soit dans une pensée de libéralité, soit dans le but d'accomplir un devoir. Ces présomptions sont basées principalement sur les rapports d'affection, de parenté, de reconnaissance que les Romains comprenaient sous le terme générique de *pietas*.

En général, en fournissant des aliments à mes parents, je n'acquiers pas l'action de gestion d'affaires contre les personnes plus spécialement soumises à cette obligation alimentaire. Par exemple, le père, la mère, l'oncle, la tante n'auront pas l'action de gestion d'affaires pour répéter les frais d'éducation ou d'entretien de leurs enfants ou de leurs neveux (L. 11, C., *neg. gest.*, 2, 19. — L. 27, § 1, D., *neg. gest.*, 3, 5. — L. 50, D. *fam. ercis.*, 10, 2).

De même le beau-père pour les frais d'éducation de ses belles-filles (L. 15, C., *neg. gest.*, 2, 19) et le mari pour ceux de dernière maladie de sa femme, sauf l'action *funeraria*, pour recouvrer les frais de funérailles contre le père *ad quem dos rediit* (L. 13, C., *neg. gest.*).

L'affranchi qui a rendu aux filles de son patron, ses pupilles, les services qu'on est en droit d'attendre de lui, n'aura pas l'action *negotiorum gestorum* pour repéter ses impenses (L. 5, C., *neg. gest.*, 2, 19).

Ceux qui, par amitié pour le père, provoquent soit

la nomination d'un tuteur ou d'un curateur, soit la destitution d'un tuteur suspect, sont censés avoir renoncé à répéter les frais de semblables procès (L. 1, C. — L. 44, D., *De neg. gest.*).

Mais ces présomptions de libéralité tomberaient devant l'intention préalable qu'auraient montrée les parents ou amis de recouvrer leurs impenses (L. L., 11 et 15, C., *neg. gest.*) ; ce sera là très souvent une question de fait : c'est ainsi qu'on accorde à l'aïeule chargée de l'administration des biens de son petit-fils une action de gestion d'affaires pour le recouvrement des frais d'éducation et d'entretien (L. 34, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Envisageons maintenant la situation de celui qui s'immisce dans les affaires d'autrui, non pas avec l'intention de rendre service au maître et de l'obliger, mais dans l'espoir de réaliser un bénéfice personnel, dans le but de s'enrichir à ses dépens... « Si « quis negotia mea gessit.. non mei contemplatione, « sed sui lucri causâ, Labeo scripsit.... is tenebitur « negotiorum gestorum actione... Ipse, si aliquid « circa res meas impenderit... in eo quod locupletior « factus sum, habet contra me actionem. » (L. 6, § 3, D., *neg. gest.*, 3 5).

Le maître est armé contre le gérant de l'action directe de gestion d'affaires. L'équité, en effet, exige que le *dominus rei gestæ* recueille les bénéfices de la gestion, ou du moins qu'il puisse demander compte au gérant de son immixtion. « Jure naturæ æquum « est neminem cum alterius detrimento et injuriâ « fieri locupletiorem » (L. 206, D., *De reg, jur.*, 50,

17). On lui accorde, pour obtenir ce résultat, une action de gestion d'affaires utile ; car le gérant qui s'est immiscé dans les affaires d'autrui avec des intentions malhonnêtes ne doit pas être moins tenu, en cette qualité, que s'il avait eu l'intention de rendre service. Ce serait accorder une prime à la mauvaise foi que de traiter avec faveur ce gérant *improbus*.

Quant au gérant, la loi lui accorde, pour recouvrer ses frais de gestion contre le maître, une action à concurrence de l'enrichissement procuré au *dominus rei*. Mais quelle est cette action? Ce texte ne la nomme pas, et sur ce point les auteurs sont en désaccord.

On a prétendu que c'est non pas une action, mais une exception qui est accordée au *gestor improbus*. Celui qui gère l'affaire d'un tiers *deprædandi causâ* est, dit-on, dans la même situation que le possesseur de mauvaise foi, qui, avec ses propres matériaux, élève des constructions sur le sol d'autrui : ce dernier primitivement dénué, par suite d'une présomption de libéralité, de tout recours pour le recouvrement de ses frais, peut, en vertu de la loi 5 (C., *rei vind.*. 3,32), se faire rembourser toutes ses impenses nécessaires en opposant l'exception de dol à l'action en revendication du propriétaire, et s'indemniser de ses dépenses utiles par l'exercice du *jus tollendi*, c'est-à-dire en enlevant du fonds tout ce qui est susceptible d'en être détaché sans le détériorer. Par analogie, le *gestor deprædandi causâ* n'aura pas d'autre ressource que l'exception de dol, pour se faire indemniser de ses frais de gestion. Il est vrai, dit-on, que le texte lui accorde une action, mais c'est là

une erreur de copiste, et il faut substituer au mot *actionem* le terme plus exact de *retentionem* ou *exceptionem*.

Avec Cujas et Pothier, nous nous refusons à admettre ce système basé sur une rectification de texte aussi hasardée qu'inutile. Rien dans le § 3, ni dans toute la loi 6, ne permet de supposer qu'il s'agit ici d'un possesseur de mauvaise foi.

Même ainsi modifié, le texte donnerait une solution contraire aux règles ci-dessus rappelées, qui régissent les constructions élevées sur le sol d'autrui : car l'exception de dol qu'il accorde au *gestor* lui permet de réclamer toujours la plus-value *eo quod locupletior*, tandis que le possesseur de mauvaise foi ne peut recouvrer, *exceptionis ope*, que ses dépenses nécessaires, mais non ses dépenses utiles, pas même jusqu'à concurrence de l'enrichissement du maître : pour ces dernières, en effet, il n'a qu'un *jus tollendi*, restreint par la nécessité de ne pas détériorer le fonds.

Enfin, cette modification du texte laisse Julien en contradiction avec lui-même ; car ce jurisconsulte n'accorde même pas d'exception au possesseur de mauvaise foi (Loi 33, D., *de cond.*, *indeb.*, 12, 6).

Plus respectueux des termes du Digeste, nous croyons que la loi 6 § 3 précitée donne une action au tiers qui, sans être en possession, a géré la chose d'autrui dans l'espoir de réaliser un bénéfice personnel ; mais il ne s'agit pas de l'action *negotiorum gestorum contraria* : car le *gestor* n'a pas eu l'intention d'obliger quelqu'un. D'ailleurs, les raisons d'é-

quité ci-dessus invoquées pour le maître ne militent pas en faveur du gérant ; celui-ci ne mérite pas les mêmes égards : « Culpa est immiscere se rei ad se « non pertinenti ». Il a commis une faute, qu'il en supporte les conséquences ; il s'est immiscé *improbe* dans mes affaires : il est tenu à mon égard de toutes les obligations d'un gérant d'affaires ; mais il n'est pas devenu mon créancier en vertu de cette gestion, et les dépenses qu'il a faites, fussent-elles utiles, il ne peut me les réclamer en qualité de gérant. Seulement, par application du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, la loi lui accorde une *condictio* basée sur l'enrichissement actuel du maître, « in eo quod locupletior factus sum ». Il résulte clairement des termes de la loi que cet enrichissement, c'est-à-dire l'utilité des frais de gestion, doit être apprécié au moment même de la demande, et non plus à l'époque de l'acte ainsi que l'exigerait l'action de gestion d'affaires.

Mais que décider dans le cas où le *gestor* gère l'affaire d'autrui croyant faire la sienne propre ? C'est une des questions les plus intéressantes de la matière, il importe de la bien préciser. A la différence du *gestor improbus*, le gérant dont nous parlons est de bonne foi ; il croit administrer son patrimoine, alors qu'en réalité il gère l'affaire d'autrui ; il se trompe, mais ses intentions sont pures de toute convoitise d'un profit illicite ; évitant les dépenses inutiles et les productions excessives, s'il est bon père de famille, il administre d'autant mieux qu'il croit agir dans son propre intérêt. Le maître, de son côté,

ne s'oppose pas à cette administration, soit qu'il partage l'erreur du gérant, soit qu'il ignore ses actes d'immixtion. Mais le jour où ils connaîtront la vérité, quelle sera la situation du maître et du gérant? Ils sont tous deux bien dignes d'intérêt : l'erreur n'a pas supprimé leurs obligations réciproques ; mais, comme le gérant n'a pas eu l'intention d'obliger, les actions *negotiorum gestorum* ne pourront pas être exercées ; c'est par une *condictio* que le maître réclamera les bénéfices de la gestion. Quant au gérant, s'il a fait des frais d'administration, il n'a, en principe, aucune action pour les répéter ; mais il recouvrera ses dépenses utiles toutes les fois qu'une exception de dol peut lui suffire à cette fin. Telles sont les règles que nous avons à développer.

Et d'abord le maître, en vertu du principe que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui, aura contre le pseudo-gérant une *condictio* pour recueillir le profit de la gestion, sans avoir le droit de la critiquer. Par exemple, un possesseur de bonne foi a vendu un esclave qui ne lui appartenait pas : le véritable maître aura, en cas de mort de l'esclave, une *condictio* contre le vendeur pour lui en réclamer, non pas la valeur, mais le prix de vente. C'est l'opinion de Julien et d'Africain : « mortuo eo, posse te mihi « pretium condicere » (L. 23, D., *de reb. cred.*, 12, 1). Toutefois, Africain semble se contredire dans un autre texte sur une espèce identique, où il accorde l'action *negotiorum gestorum directa* contre le possesseur de bonne foi, vendeur d'un objet volé qui vient ensuite à périr : « Si rem quam servus venditus sub-

« ripuisset a me venditore emptor vendiderit, eaque « in rerum naturâ esse desierit, de pretio negotio- « rum gestorum actio mihi danda sit » (L. 49, 1re phrase, D., *neg. gest.*, 3, 5). Mais la contradiction est plus apparente que réelle ; car, si le nom de l'action change, elle arrive cependant au même résultat, puisque le recours est toujours limité au prix de vente de l'objet volé, c'est-à-dire à l'enrichissement du gérant. L'action de la loi 49, improprement appelée action *negotiorum gestorum* parce qu'elle supplée cette dernière dans une certaine mesure, n'est donc autre chose que la *condictio*.

Nous pouvons donc considérer comme réfutée l'opinion d'un grand nombre de commentateurs, qui, s'appuyant sur la loi 49, ont soutenu que l'intention d'obliger autrui était indispensable sans doute à l'existence de l'action *contraria*, mais nullement à celle de l'action *negotiorum gestorum directa*. Du reste, comment concevoir la formation du quasi-contrat au profit d'une seule des parties, alors que, étant tous les deux irréprochables dans leur conduite, le maître et le gérant ont mérité la même faveur ?

Quant au gérant, il n'aura en principe aucune action pour se faire rembourser les dépenses qu'il a faites sur la chose d'autrui croyant qu'elle lui appartenait. En effet, aucun lien de droit ne s'est formé, et la rigueur des principes ne permet pas au gérant d'obtenir une action pour sanctionner une obligation qu'il n'a jamais eu l'intention de faire naître : il n'aura donc, ni l'action civile, ni

l'action utile de gestion d'affaires, car il n'a voulu obliger personne.

Tel n'est pas cependant l'avis de Pothier, Cujas et autres commentateurs qui, préférant fausser le droit romain plutôt que de le trouver en opposition avec l'équité dans une matière toute de bonne foi, ont soutenu que celui qui gère l'affaire d'autrui croyant faire la sienne propre est investi, sinon de l'action civile, du moins de l'action utile *negotiorum gestorum contraria*. A l'appui de ce système, on invoquait différents textes (L. 6, § 3, D., *neg. gest.*, 3, 5. — L. 8, pr. D., *de pig. act.*, 13, 7. — L. 7, § 16 *in fine*, D., *solut. matr.*, 24, 3).

Or, la loi 6 § 3 donne une solution spéciale à la gestion entreprise *animo deprædandi*, et nous croyons, du reste, que le recours accordé dans ce cas est une *condictio*, et non pas une action utile de gestion d'affaires.

Les deux autres lois visent des hypothèses différentes de la nôtre : un créancier gagiste et un mari font respectivement des dépenses nécessaires à la conservation ou à l'entretien d'un bien dotal ou de l'objet donné en gage. Or, tous les deux ont reçu la chose des mains du propriétaire, ce qui rend vraisemblable leur intention de l'obliger. Du reste, la loi 8, pr., parle d'une action *pigneratitia contraria*, et la loi 7 § 16 omet de préciser la nature de l'action acccordée au mari : « pariunt marito actionem ». La doctrine de Cujas et de Pothier n'a donc pour elle ni l'esprit, ni la lettre des lois précitées.

Au contraire, des textes formels refusent toute

action au tiers qui fait des impenses sur une chose qu'il croyait sienne.

Paul, après avoir parlé d'un cas d'indivision dans lequel celui qui a agi peut se faire rembourser ses impenses, même avant tout partage, ajoute: « Diver- « sum est enim, cum quasi in rem meam impendo, « quæ sit aliena aut communis; hoc enim casu, « ubi quasi in rem meam impendo, tantum reten- « tionem habeo, quia neminem mihi obligare vo- « lui » (L. 14 § 1, D., *com. divid.*, 10, 3).

Julien, se demandant si le gérant qui s'est dessaisi des objets compris dans sa gestion, ne pouvait pas exercer une *condictio indebiti*, conclut avec raison dans le sens négatif: « Quia nihil accipientis fa- « ceret, sed rem suam dominus habere incipiat »; et il ajoute: « Constat, si quis, cum existimaret se « heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo « alio modo quam per retentionem, impensas servare « posse. » (L. 33, D., *de cond. indeb.*, 12, 6).

Papinien, à son tour, refuse toute action à celui qui, de bonne foi, élève à ses frais des constructions sur le sol d'autrui « Sumptus in prædium, quod alie- « num esse apparuit, a bonæ fidei possessore facti, « neque ab eo qui prædium donavit, neque a domino « peti possunt » (L. 48, *de rei vind.*, 6, 1).

Le gérant ne pourra donc invoquer ni l'action de gestion d'affaires, ni aucune autre action; il aura seulement pour se défendre un droit de rétention, c'est-à-dire que, s'il possède encore la chose sur laquelle les dépenses ont été faites, il opposera à la revendication du propriétaire l'exception de dol, pour

se faire indemniser de ses dépenses justifiées ; mais c'est la seule ressource qui lui reste : s'il vient à perdre définitivement la possession, son droit de rétention s'évanouit, et avec lui tout espoir d'exiger une indemnité.

C'est une étonnante violation de cette règle d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Sans doute, le gérant n'a pas eu l'intention d'obliger le maître; mais il pensait encore moins faire acte de générosité; il croyait de bonne foi pouvoir profiter des dépenses qu'il s'imposait; lui refuser tout recours, c'est le traiter plus sévèrement que le *gestor improbus* qui, nous l'avons vu, agissant *deprædandi causâ*, est cependant armé d'une *condictio* à concurrence de l'enrichissement du maître. Aussi, hâtons-nous d'ajouter que le gérant de bonne foi pourra souvent, par l'emploi des interdits *unde vi* et *uti possidetis*, se faire remettre en possession et de nouveau répondre à la revendication par l'exception *doli mali*.

Ces principes s'appliquent notamment à la condition de l'héritier putatif et du possesseur qui élève à ses frais des constructions sur le sol d'autrui.

En ce qui concerne ce dernier, il faut faire une distinction. Est-il de bonne foi, il pourra, s'il possède encore, repousser par l'exception *doli mali* l'action en revendication du propriétaire jusqu'à ce que celui-ci lui rembourse, non pas nécessairement la dépense *pretium materiæ et mercedes fabrorum*, comme le disent Gaius et Justinien, mais seulement la plus-value de l'immeuble, fût-elle de beaucoup inférieure à la dépense, *usque eo duntaxat quo pretiosior factus est*

(Gaius, *Com.* II, 76.— Inst., § 30, *De divi. rerum*, II, 1. — L. 38, D., *De rei vind*, 6, 1).

Mais, s'il a perdu la possession, tout recours lui est dénié; il peut seulement revendiquer les matériaux en cas de démolition: « Paulus respondit, eum qui « in alieno solo ædificium extruxerit non aliàs sump- « tus consequi posse quam possideat, et ab eo domi- « nus soli vindicet (L. 14, D., *De doli mali et met. except.*, 44, 4). Ici encore l'administration des remèdes prétoriens, interdits *unde vi* et *uti possidetis*, diminuera dans une large mesure les conséquences fâcheuses de cette rigueur. De plus, s'il est *in causâ usucapiendi*, le constructeur de bonne foi agira utilement par l'action publicienne contre tout possesseur autre que le propriétaire ; et, si c'est ce dernier qui possède, une exception *justi dominii* lui compète certainement contre l'*intentio* du constructeur. Mais celui-ci ne pourra-t-il pas par analogie, en présence de cette exception, obtenir par une *replicatio doli* le résultat que lui procurerait une exception de dol si, au lieu d'être demandeur dans la publicienne, il était défendeur à la *rei vindicatio?* (Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n. 258, n. 3).

Le constructeur est-il de mauvaise foi, il n'aura ni action, ni exception pour obtenir une indemnité; il est présumé avoir fait une libéralité, *donasse censetur;* le propriétaire n'a rien à restituer, pas même les matériaux en cas de démolition. Telle était la rigueur de la doctrine primitive (L. 7, § 12, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1). — Inst., § 30, III, 1).

Quelques lois viennent atténuer la sévérité de ces

principes. Dès le IIIe siècle de notre ère, Caracalla autorise le constructeur à revendiquer les matériaux après la démolition en faisant la preuve qu'il n'avait pas agi *animo donandi* (L. 2, C., *De rei vind.*, 3, 32). Ulpien, probablement sous la même condition, lui permet, s'il possède, d'enlever ses travaux, à charge d'éviter toute détérioration du fonds (L. 37, D., *De rei vind.*, 6, 1). C'est aussi la doctrine que l'on trouve dans une constitution de l'empereur Gordien (L. 5, C., *De rei vind.*, 3, 32). Bien que privé de l'exception de dol, le constructeur de mauvaise foi trouvera souvent dans cette faculté d'enlèvement un moyen indirect d'obtenir une indemnité.

La constitution précitée de Gordien permet même au possesseur de mauvaise foi d'opposer une exception de dol à l'action en revendication du propriétaire, pour obtenir le remboursement de ses impenses nécessaires : « Non eorum negotium gerentes quorum res est nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. »

La loi 38 *in fine* (*D. De her. pet.* 5, 3) semble toutefois contredire ces données en accordant au possesseur de mauvaise foi le droit de répéter *exceptionis ope* les impenses utiles jusqu'à concurrence de la plus-value : « prædo autem, non aliter quam si res melior sit. » Mais on considère la décision de Paul comme applicable, *benignius*, seulement au cas où le constructeur est poursuivi par la *petitio hereditatis*, action dans laquelle le juge, tenant compte de l'équité, a un pouvoir d'appréciation plus large que dans la *rei vindicatio*.

C'est aussi par l'exception de dol que l'héritier putatif qui a désintéressé les légataires ou les créanciers de la succession obtiendra d'être indemnisé par l'héritier véritable. C'est une seconde application des principes ci-dessus posés.

Dans cette hypothèse, en effet, le possesseur de bonne foi de l'hérédité ayant payé *suo nomine* ce qu'il ne devait pas, et l'héritier véritable n'ayant pas payé ce qu'il devait, le paiement procède mal; l'héritier véritable n'est pas libéré, et le possesseur de bonne foi de l'hérédité aura la *condictio indebiti* contre les créanciers et légataires. Mais, en prévision de leur insolvabilité, le possesseur a intérêt à prendre une autre voie, il s'adressera à l'héritier véritable : sans doute, contre ce dernier il n'a aucune action ; mais il lui opposera son droit de rétention grâce à l'exception *doli mali* ; il ne lui restituera l'hérédité que déduction faite des sommes payées aux créanciers et légataires. Ajoutons du reste que le possesseur devra, dans ce cas, céder la *condictio indebiti* qui lui compète au *verus heres* ; et celui-ci pourra paralyser par une exception de dol l'action qu'exerceraient les mêmes créanciers ou légataires pour obtenir de lui, non la chose due ou léguée qu'ils ont déjà, mais sa valeur. (L. 19, § 1, *D.*, *de cond. indeb.* 12. 6. -- L. 38, § 2, D. *de solut.* 46, 3. -- LL. 17 et 31. D. *de Hered. pet.* 5. 3.)

Il en serait autrement si le possesseur, au lieu de payer en son propre nom, avait agi *hereditario nomine*, c'est-à-dire en mentionnant que le paiement était fait au nom de l'héritier véritable ; dans ce cas ce dernier

serait libéré : nous serions en présence d'un acte de gestion d'affaires ; en effet, tous les éléments de ce quasi-contrat se trouveraient réunis : gestion de l'affaire d'un tiers à son insu avec l'intention de l'obliger ; et le possesseur aurait, pour se faire indemniser, non plus seulement l'exception de dol, mais l'arme offensive de l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Si le possesseur de bonne foi qui a payé *suo nomine* vient à se dessaisir de l'hérédité, il perd avec son droit de rétention tout recours, toute voie de droit pour se faire indemniser.

Telle est, en principe, la situation de celui qui gère l'affaire d'autrui croyant faire la sienne propre ; mais à cette règle, comme à toute autre, il y a des exceptions.

Le droit romain accorde, en effet, en certains cas l'action *negotiorum gestorum* même au *gestor* qui n'a pas eu l'intention d'obliger autrui, soit qu'il ait agi pour le compte d'un maître qu'il servait à tort, mais de bonne foi, comme esclave, soit qu'il ait cru gérer sa propre affaire comme le possesseur de bonne foi d'une hérédité qui, pour se conformer à la volonté du défunt, lui a élevé un monument ou qui acquitte des legs portant sur des choses dont lui-même était propriétaire. Autant d'arguments invoqués pour battre en brèche la doctrine ci-dessus établie.

Et d'abord l'héritier putatif qui a acquitté les legs portant sur sa propre chose est investi de l'action *negotiorum gestorum* contre l'héritier véritable pour se faire indemniser. « Sicut ex contrario in me tibi « daretur (negotiorum gestorum actio) si cum here-

« ditatem quæ ad me pertinet tuam putares, res tuas « proprias legatas solvisses : quandoquidem eâ so- « lutione liberarer. » (L. 49, 2e phra., D., *neg. gest.*, 3, 5.) Cette décision d'Africain a servi de base à divers systèmes.

Pour les uns, elle est l'expression d'une théorie général tendant à accorder une action *negotiorum gestorum* à quiconque, croyant gérer son affaire, aurait fait celle d'autrui : ce serait la négation pure et simple du principe posé dans la loi 14 § 1. (D., *Com. divid.*, 10, 3).

D'autres, plus modestes, y voient une exception considérable tendant à accorder l'action de gestion d'affaires, toutes les fois qu'un héritier apparent a payé des dettes ou des legs.

Nous croyons au contraire que cette loi ne renferme qu'une disposition toute spéciale et exceptionnelle, accordant l'action de gestion d'affaires à l'héritier putatif qui paie *suo nomine* un legs *per damnationem*.

Cujas a proposé de ce texte une explication qui lui enlèverait son caractère d'exception, et le réduirait à n'être plus qu'une application des principes généraux du quasi-contrat de gestion d'affaires. Il suppose, en effet, que l'héritier putatif a payé *nomine hereditario*, c'est-à-dire dans l'intention de libérer le vrai représentant de l'hérédité quel qu'il fût. Mais un pareil paiement constitue bien un acte de gestion d'affaires accompli au profit et à l'insu de l'héritier véritable et avec intention de l'obliger : c'est pourquoi Africain accorde au *gestor*, à l'héritier putatif,

l'action *negotiorum gestorum contraria*. La solution de la loi 49 (2e phrase) serait donc absolument conforme aux règles ordinaires de la gestion d'affaires, et se concilierait avec d'autres textes d'Africain, où l'on serait tenté sans cela de voir une contradiction. (L. 19 § 1, D., *de cond. indeb*, 12, 6). La loi 38 § 2. (D. *de solut*, 46, 3). dit notamment : « Et magis si- « mile est quod cum possessor hereditatis, existi- « mans se heredem esse, solverit, heres non libe- « retur ; tunc enim propterea id venire quod ille suo « nomine indebitam pecuniam dando repetitionem « ejus haberet. » L'héritier apparent qui a payé *suo nomine* les dettes héréditaires pourra exercer la *condictio indebiti* contre les créanciers désintéressés par lui; mais il n'aura pas contre l'héritier véritable l'action *negotiorum gestorum contraria*, parce que le paiement effectué n'étant pas irrévocable n'a pas libéré le *verus heres*.

Cette explication est ingénieuse ; mais elle a l'inconvénient de reposer sur cette hypothèse que l'héritier putatif paie *nomine hereditario* : or le texte d'Africain ne dit rien qui permette d'induire cette circonstance.

Elle suppose aussi une situation peu vraisemblable, celle d'un héritier apparent qui, voyant son titre contesté par la *petitio hereditatis*, paie des dettes héréditaires *nomine hereditario*, soit pour son compte s'il gagne le procès, soit au nom de l'héritier qui veut l'évincer. Il est difficile d'admettre qu'Africain ait négligé de préciser une situation si peu pratique, et surtout d'indiquer le paiement fait au nom de

l'héritier, qui devait donner au texte son sens et sa portée.

La loi 49, lue telle qu'elle est, sans addition, présente certainement une dérogation aux principes. En effet, cette loi comprend deux phrases dont la première, en soumettant à l'action directe de gestion d'affaires celui qui a agi sans intention d'obliger le maître, consacre évidemment une exception; c'est la seconde phrase qui accorde l'action contraire à l'héritier putatif: or ces deux solutions sont intimement reliées entre elles par un mot « sicut », qui leur reconnaît une certaine analogie, un caractère commun : or, l'une étant exceptionnelle, l'autre doit l'être également.

Il faut donc admettre une autre explication du texte. Le possesseur de bonne foi de l'hérédité a payé *suo nomine*, et il aura l'action *negotiorum gestorum contraria*, parce que dans ce cas spécial le paiement a libéré l'héritier. Telle est la raison donnée par le texte. Mais pourquoi donc le paiement prévu dans la loi 49 a-t-il libéré l'héritier, alors qu'Africain lui-même pose en principe que le paiement des dettes héréditaires, opéré par le possesseur de l'hérédité, donne lieu à la répétition de l'indû et ne libère pas l'héritier? (L. 38, § 2, *solut.*, 46, 3) : c'est que les circonstances ne sont pas les mêmes. En effet, dans la loi 38, il s'agit d'un héritier putatif qui paie les dettes héréditaires ; dans la loi 49, il s'agit, au contraire, d'une délivrance de legs *per damnationem*, cet *optimum jus legati* qui permet de léguer même la chose d'autrui :

en effet le testateur avait légué des choses qui ne lui appartenaient pas, mais qui étaient celles de l'héritier apparent, « res tuas proprias, legatas, » ce qui explique aussi l'emploi du mot « solvisses ». Mais, la répétition de l'indû n'est admise qu'autant que la prétendue dette payée n'est pas de celles qui exposent le débiteur récalcitrant (inficians) à être condamné au double : « Ea quæ per inficiationem « in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta « repeti non posse certissimi juris est » (L. 4, C., *cond. indeb.*, 4, 3). Or c'est précisément le cas de la *condictio* donnée pour l'exécution d'un legs *per damnationem* portant sur une chose déterminée : la répétition de l'indû est interdite à l'héritier apparent de la loi 49 ; par suite, ce paiement étant irrévocable a libéré le *verus heres* ; il a paru équitable d'accorder un recours au possesseur de l'hérédité qui s'était ainsi dépouillé de ses biens personnels ; et, à défaut de *condictio indebiti*, Africain lui donne contre l'héritier véritable une action *negotiorum gestorum utilis*.

Ainsi disparaît la contradiction que semblaient offrir les deux solutions données par Africain. Dans la loi 49, l'héritier putatif n'a pas d'autre ressource que l'action de gestion d'affaires. Dans la loi 38, au contraire, il y avait une *condictio indebiti*, qui rendait l'action *negotiorum gestorum* à la fois inutile et impossible.

En résumé, la loi 49 (2e phrase) contient une disposition toute spéciale, et ne saurait être étendue à tous les paiements de dettes ou de legs quelconques faits par un héritier apparent.

Certains interprètes ont voulu généraliser, dans le même sens, la seconde exception que nous avons signalée : elle fait l'objet de la loi 50, § 1. (D., *de hered. petit.*, 5, 3.) L'héritier apparent qui, pour se conformer à la volonté du défunt, lui élève un monument, sera investi de l'action *negotiorum gestorum*, bien qu'il ait agi *suo nomine* et sans intention d'obliger un tiers. Il ne faut voir dans ce texte qu'une décision spéciale : en effet, le possesseur a dû élever le monument sous peine d'y être contraint par les pontifes ou par le prince, tant est grand à Rome le respect dû aux dernières volontés du défunt ! *ad obsequium supremæ voluntatis*. Cette dépense était donc nécessaire, et l'héritier putatif ne pouvait s'y refuser ; c'est pourquoi, outre le droit de rétention et l'exception de dol qu'il aurait pu invoquer avant de se dessaisir, on lui accorde l'action *negotiorum gestorum* contre l'héritier véritable. Mais nous croyons que, faute des mêmes motifs, cette voie de recours lui est refusée pour tous autres impenses ou paiements de dettes héréditaires.

C'est en vain que, pour combattre cette opinion, on invoquerait les lois 14, § 11, et 32 (D., *de religiosis*, 11, 7), qui, sans distinguer s'il a agi *suo nomine* ou *hereditario nomine*, accordent à l'héritier apparent l'action *funeraria*, action prétorienne assez semblable à l'action *negotiorum gestorum*, et conférée à celui qui a fait des frais de funérailles qu'il ne doit pas supporter.

Cet argument très spécieux aurait quelque valeur si l'action *funeraria* était une extension, une forme de l'action *negotiorum gestorum* ; mais l'analogie ne sau-

rait être admise, du moins dans le dernier état du droit romain. En effet, l'action *funeraria* est fondée sur un motif d'ordre public et religieux, « ne corpora insepulta funerent ». La nécessité de donner aux morts une sépulture et de leur faire des funérailles convenables, le respect qui entoure le culte des tombeaux permettaient de l'invoquer dans certains cas où l'action *negotiorum gestorum* était refusée.

Et, d'ailleurs, ce qui démontre bien qu'elle n'est pas une simple copie, une extension de l'action contraire de gestion d'affaires, c'est qu'on l'accorde même à celui qui a fait enterrer le défunt nonobstant l'opposition de l'héritier. « Si, prohibente herede, fune- « raveris testatorem, eâ causâ competere tibi funera- « riam. » (L. 14, § 13, D., *de relig.*, 11, 7.) Or, nous savons que l'action *negotiorum gestorum* est refusée à celui qui gère *invito domino*, malgré la défense du maître.

L'action *funeraria* a donc sa nature et son caractère propre ; et, de ce qu'elle appartient à l'héritier apparent, il ne faut pas conclure qu'il ait droit également à l'action de gestion d'affaires, dont les conditions et le mode d'exercice sont différents. (Accarias, *Précis de Droit romain*, T. II, p. 594, n° 656, n. 1.) (*Contrà*, Molitor, *Les Obligations en Droit romain*, T. II, n° 772.)

Etudions enfin notre troisième exception. Lorsqu'un homme libre se croyant esclave gère en cette qualité les affaires de son prétendu maître, ses actes de gestion donnent lieu aux actions *negotiorum gestorum* utiles (L. 6 § 5, D., *neg. gest.*, 3, 5). Cette

solution contraire aux principes est cependant conforme à l'équité.

A-t-il agi spontanément et à l'insu du maître, il n'a certainement pas eu l'intention d'obliger autrui ; mais, en considération de son erreur et aussi de l'absence de toute idée de libéralité, on lui accorde l'action *contraria* utile : par exemple, il a emprunté à titre de *mutuum* une somme d'argent qu'il a employée au profit du maître. Mais, si les fonds avaient servi à payer les créanciers du maître, le prétendu esclave, ayant payé par erreur, pourrait exercer la *condictio indebiti* contre les créanciers ; et il n'aurait pas contre le maître l'action de gestion d'affaires (L. 36, D., *neg. gest.*, 3, 5) : car, le paiement n'étant pas irrévocable, l'affaire du maître n'aurait pas été gérée.

A-t-il agi en exécution d'un ordre formel du maître, on lui accorde encore et pour les mêmes raisons l'action *negotiorum gestorum contraria* utile (L. 19 § 2, D, *neg. gest.* 3, 5).

Cette décision contient une double exception aux règles de la gestion d'affaires ; car le prétendu esclave n'a pas eu l'intention d'obliger, et il n'a pas agi à l'insu du maître. Aussi cette solution paraît-elle avoir été discutée. Paul, dans le texte précité (L. 19 § 2, D), refuse l'action *mandati*, pour cette raison invoquée par Labéon que le *gestor* n'a point agi librement. Pomponius et Celsus y voient un mandat ou au moins un contrat innommé (L. 13, § 2, D., *Commod.* 13, 6).

CHAPITRE III

EFFETS DE LA GESTION D'AFFAIRES

La gestion d'affaires intéresse à la fois le maître, le gérant et les tiers qui ont traité avec ce dernier.

Entre le maître et le gérant, elle est productive d'obligations réciproques sanctionnées par des actions civiles et de bonne foi.

L'action *negotiorum gestorum directa* permet au maître de demander compte au gérant de sa gestion ; elle est essentielle au quasi-contrat de gestion d'affaires : car celui qui s'immisce dans les affaires d'autrui s'oblige par cela même et avant tout à répondre de son fait.

L'action *negotiorum gestorum contraria* est un moyen accordé au gérant pour se faire rembourser par le maître ses impenses utiles ; mais cette obligation du *dominus* est tout à fait accessoire : d'abord, parce qu'elle n'existe pas quand la gestion a eu lieu sans frais, et aussi parce qu'elle trouve sa cause, non pas directement dans le fait de la gestion, ni dans l'intention d'obliger autrui que devait avoir le gérant, mais uniquement dans ce principe universellement reconnu « que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ».

Le quasi-contrat de gestion d'affaires offre avec le mandat des analogies très frappantes. Le gérant et

le mandataire se chargent l'un et l'autre de l'administration des affaires d'autrui avec l'intention de rendre un service : le mandataire qui excède les limites de son mandat devient gérant d'affaires, et, en sens inverse, le quasi-contrat se transforme en contrat, dès que le maître a connaissance des actes du gérant. Mais, s'il en est ainsi, pourquoi créer des actions originales pour sanctionner les obligations issues de la gestion d'affaires, plutôt que de donner au maître et au gérant les actions utiles de mandat ? C'est que, malgré leurs affinités, la gestion d'affaires et le mandat présentent une différence capitale : les obligations qu'engendre le mandat proviennent du commun accord des parties, du concours de leurs volontés : au contraire, les obligations nées de la gestion d'affaires sont créées par la volonté d'un seul, le gérant. Aussi le mandataire sera-t-il indemnisé de toutes ses impenses conformes à la lettre et à l'esprit du mandat, tandis que le gérant n'aura de recours que pour ses impenses utiles. La situation du mandataire est donc bien plus favorable que celle du gérant d'affaires ; mais il ne faut pas oublier « que l'immixtion du gérant dans les affaires d'autrui est toute spontanée, et que, si parfois elle prouve son dévoûment personnel au maître, ce dévoûment néanmoins n'a pas pour corrélatif nécessaire la confiance de celui-ci ». (Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, n° 657.)

Nous examinerons successivement les effets de la gestion d'affaires, c'est-à-dire les obligations qui en résultent :

1° A l'égard du gérant, *actio negotiorum gestorum directa* ;

2° A l'égard du maître, *actio negotiorum gestorum contraria* ;

3° A l'égard des tiers.

SECTION PREMIÈRE

Obligations du gérant « Actio negotiorum gestorum directa »

La gestion d'affaires fait naître au profit du maître contre le gérant une action *negotiorum gestorum directa*, action personnelle, civile, de bonne foi, perpétuelle et transmissible aux héritiers du maître (LL. 23 et 8, C. — L. 6 § 12, D., *neg. gest.*) : *Hæc autem actio, cum ex negotio gesto oriatur, et heredi et in heredem competit* (L. 3 § 7, D., *neg. gest.* 3, 5). Mais, à la différence de l'action *mandati*, l'action directe de gestion d'affaires n'est pas infamante.

Elle sanctionne les obligations du gérant envers le maître, le gérant doit administrer en bon père de famille et rendre compte de sa gestion.

Premièrement. — Le gérant doit administrer en bon père de famille et, notamment, éviter les fautes même légères, achever les affaires commencées, faire fructifier les capitaux, veiller au recouvrement des créances, payer les dettes, faire tous actes conservatoires et interrompre les prescriptions. Voyons donc quelle est sur ces divers points la responsabilité de celui qui prend en main l'administration du patrimoine d'autrui.

Le gérant fut toujours responsable de la faute que n'eût point commise un père de famille très diligent, c'est-à-dire que la faute légère s'apprécie chez lui *in abstracto*. Cela résulte clairement des textes : « Omnem diligentiam præstare debet » (L. 34, D., *de usuris*, 22, 1). Ulpien, après avoir dit que dans la tutelle on répond de son dol et de sa faute, ajoute : « Negotia gesta in his quidem et diligentiam (L. 23, D., *reg. jur.* 50, 17). Justinien corrobore cette règle : « ad exactissimam quisque diligentiam compellitur « reddere rationem » (*Inst.* L. III, 27). Au contraire, le mandataire, du moins jusqu'à l'époque classique, n'était responsable que de son dol et de sa faute grave ; mais, progressivement, on exigea de lui tous les soins d'un bon père de famille.

Du reste, il faut se rappeler qu'il s'agit ici d'une action de bonne foi : le juge pourra tenir compte des circonstances pour modifier l'application de la règle.

En certains cas, la responsabilité du gérant est limitée au dol et à la faute lourde, par exemple, quand il a entrepris une affaire abandonnée de tous, et uniquement par amitié pour le maître, pour lui éviter la perte de ses biens (L. 3, § 9, D., *neg. gest.*, 3, 5) ; quand il a géré les affaires du maître par suite d'une nécessité réelle ou fictive, s'il le servait de bonne foi comme esclave (L. 3 § 8. — L. 19 § 2.— L. 36, D. *neg. gest.*, 3, 5).

En principe, le gérant ne répond pas des cas fortuits (L. 22, C. *neg. gest.*, 2, 19). S'il fait des placements de fonds, il n'est pas responsable de l'insol-

vabilité des débiteurs survenue par cas fortuit (L. 37 § 1, D., *neg, gest.* 3, 5).

Exceptionnellement, la responsabilité du gérant s'étend aux cas fortuits quand il a traité une affaire hasardeuse qui sort des habitudes du maître, et que celui-ci n'aurait certainement pas faite. « Sed Procu- « lus etiam interdum casum præstare debere, veluti « si novum negotium, quod non sit solitus absens « facere, tu nomine ejus geras » (L. 11, D., *neg. gest.*, 3, 5). C'est, par exemple, une spéculation commerciale ; si elle réussit, le gain est pour le maître, si elle échoue, la perte est pour le gérant ; mais, s'il y a perte dans une affaire et profit dans une autre, il doit y avoir compensation, et le gérant ne sera tenu que de l'excédent des pertes.

De même, si, ayant en main une somme suffisante pour payer les créanciers du maître, je dépose sans motif plausible cette somme d'argent dans une cassette qui périt par cas fortuit, je supporterai personnellement cette perte, à raison de la faute que j'ai commise (L. 13, D., *neg. gest.* 3, 5).

Le contrat de mandat est parfait dès que les parties ont échangé leur consentement. Le mandataire est donc obligé *solo consensu* avant tout acte d'exécution, avant tout fait d'immixtion, il est même responsable de son inaction : il est obligé d'exécuter toutes les affaires comprises dans son mandat sans pouvoir s'arrêter après en avoir fait quelques-unes.

Au contraire, le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme *re*, c'est-à-dire par l'exécution d'un acte concernant le patrimoine d'autrui, à son insu et avec

l'intention de l'obliger ; le gérant sera-t-il lui aussi responsable de son inaction lorsque la gestion aura été commencée ? Faisons une distinction. Si la gestion embrassait à l'origine un patrimoine, un ensemble de choses, elle doit être continuée dans toute son étendue initiale : le gérant serait responsable s'il négligeait telle ou telle affaire comprise dans l'universalité qu'il a voulu gérer. Au contraire, le gérant a-t-il, dès le début, limité sa gestion à un objet déterminé, il ne sera pas responsable de son inaction à l'égard des autres affaires du maître. Le gérant peut s'en tenir à l'affaire qu'il a choisie, il n'est pas obligé d'en entreprendre de nouvelles : « Huic autem « propria voluntas (administrationis) finem facit, ac « satis abundèque sufficit si cui vel in paucis amici « labore consulatur » (L. 20, C. . *neg. gest.* 2, 19.— L. 39, § 2, *de adm. tut.*, D., 26, 7). Toutefois le *gestor* pourra être tenu de son inaction, si sa présence a écarté l'intervention d'un tiers plus diligent qui aurait entrepris une gestion plus complète (L. 6, § 12, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Mais, une fois déterminée dans son objet et dans son étendue par les premiers actes du gérant, la gestion doit être continuée par lui jusqu'au complet achèvement de l'affaire entreprise. La mort du maître ne fait pas cesser l'obligation du *gestor* ; elle éteint, au contraire, celle du mandataire. « Si vivo Titio « negotia ejus administrare cœpi, intermittere mortuo « eo non debeo : nova tamen inchoare necesse mihi « non est ; vetera explicare ac conservare necessa- « rium est : ut accidit cum alter ex sociis mortuus

« est : nam quæcumque prioris negotii explicandi « causâ geruntur, nihilum refert quo tempore con- « summentur, sed quo tempore inchoarentur. » (L. 21 § 2, D., *neg. gest.*, 3, 5). Dans tout ce que l'on fait pour compléter une affaire, il faut envisager le but poursuivi à l'origine de la gestion, peu importe l'époque où il sera atteint. Or, l'affaire a été entreprise pendant la vie et dans l'intérêt du maître, elle doit être achevée, quelque évènement qui se produise Le gérant d'affaires est ici assimilé à l'associé : quoique la société soit dissoute par la mort de l'un des ses membres, les survivants n'en doivent pas moins achever l'affaire commencée (L. 65 § 9. D., *pro socio*, 17, 2).

Si le gérant ne terminait pas la gestion entreprise, il devrait indemniser le maître de tout le préjudice qu'il lui causerait en abandonnant l'affaire incomplètement gérée.

Le *gestor* est en faute s'il néglige de placer les fonds perçus par lui pour le compte du maître ; aussi doit-il payer lui-même, au taux ordinaire, l'intérêt des sommes restées improductives entre ses mains (L. 19, § 4, D. — L. 31, § 3, D. *Neg. gest.*, 3, 5). Cependant il faut tenir compte des habitudes du maître à ce sujet : « Respondit (Scœvola) si eam pecu- « niam positam habuisset, idque ex consuetudine « mandantis fecisset, non debere quicquam usura- « rum nomine præstare » (L. 13, § 1, D., *De usur. et fruct.*, 22, 1).

Si, au contraire, le gérant employait frauduleusement à son usage personnel les sommes recueillies

par lui dans sa gestion, il devrait les intérêts au taux le plus élevé, *maximæ usuræ*. La mauvaise foi du gérant qui profite de son immixtion pour commettre des détournements appelle, en effet, une sanction plus sévère que la simple faute résultant de son inaction (L. 38, D., *Neg. gest.*, 3, 5). Le mandataire, dans le même cas, paierait seulement les intérêts au taux ordinaire parce que, du moins au début, c'est avec le consentement du maître qu'il reçoit les fonds.

Toutefois le gérant ne devrait que les intérêts ordinaires, s'il avait fait ouvertement et loyalement cet emploi à son profit des sommes reçues pour le maître, c'est-à-dire en se considérant comme un débiteur, engagé en vertu d'un *mutuum* envers le maître (L. 54, *De adm. et per. tut.* D., 26, 7).

Lorsque le gérant est personnellement débiteur du maître et que sa dette est exigible, il est responsable s'il n'effectue pas le paiement entre ses mains; en conséquence, les intérêts de sa dette seront dus par lui du jour de l'échéance, même si cette dette n'en était pas originairement productive. C'était, en effet, un devoir pour le gérant de se payer à lui-même la somme dont il était débiteur et de la placer à intérêts. Si cependant la dette du gérant avait cessé de produire des intérêts par suite d'une remise, la gestion qu'il entreprendait ensuite des affaires du créancier ne les ferait pas courir de nouveau: « Nisi forte, « inquit, usuras remiserat » (L. 6, § 12, D., *Neg. gest.*, 3, 5. — L. 38, D., 3, 5).

Mais on ne peut pas accuser le *gestor* de négligence, et le rendre responsable de ce que les débi-

teurs du maître n'ont pas payé ; en effet, le gérant n'a pas qualité pour les poursuivre ; il ne pourrait agir ni en son propre nom, puisqu'il n'est pas créancier, ni en qualité de mandataire, puisqu'il n'a pas reçu de mandat à cet effet; car personne ne peut exercer une action au nom d'un tiers sans en avoir reçu mandat : le *gestor* est donc incapable d'agir contre les débiteurs du maître. Au contraire, aucun obstacle de droit ne l'empêche de se payer à lui-même et d'encaisser, en sa qualité de gérant, les sommes qu'il doit au maître ; il n'avait nullement besoin d'un mandat pour se poursuivre lui-même, c'était une conséquence naturelle de la gestion d'affaires (L. 6, § 12, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Mais aussitôt que le *gestor* devient capable d'agir contre les débiteurs du maître, son inaction n'a plus d'excuse ; tel serait le cas d'un gérant uni au maître par ces liens de parenté, d'alliance ou de patronage qui permettent exceptionnellement d'intenter pour autrui une action en justice à la condition de fournir la caution *de rato* (L. 8, D., *neg. gest.*, 3, 5). Le *gestor,* s'il a pu facilement fournir cette caution, sera responsable de sa négligence à poursuivre les débiteurs du maître.

L'obligation pour le gérant de se payer à lui-même, à leur échéance, les sommes dont il est débiteur envers le maître entraîne cette conséquence qu'il ne pourra jamais être libéré par une prescription accomplie au cours de la gestion. Si, en effet, nous le supposons tenu d'une de ces actions « quæ tempore pereunt », sans doute la dette sera éteinte, faute par lui

d'exercer l'action en temps utile ; mais, en laissant périr le droit du maître, il engage sa responsabilité comme gérant; il doit donc la même somme à un nouveau titre, en vertu de l'action de gestion d'affaires, action perpétuelle et de bonne foi, où la faute s'apprécie *in abstracto*. A ces divers avantages, très précieux pour le maître, s'ajoute le droit aux intérêts depuis le jour où la dette du gérant était exigible: « Si ex causâ fuit obligatus quæ ex certo tempore « finiebatur, et tempore liberatus est: nihilominùs « negotiorum gestorum actione erit obligatus. » (L. 8, pr. D., *neg. gest.*, 3, 5).

Il en est de même lorsque le gérant est tenu d'une action d'injures, de dol, de vol, qui s'éteint par la mort du débiteur. Le décès du *gestor* survenu avant le paiement de la dette éteint bien l'action de dol, de vol ou d'injures, mais non l'obligation qui sera désormais sanctionnée par une action *negotiorum gestorum* transmissible contre ses héritiers. Cette décision s'applique encore au cas où la dette avait été contractée sous cette condition que les héritiers n'en seraient pas tenus : « Idem erit dicendum et in eâ causâ ex quâ heres non tenetur, ut Marcellus scribit. (Loi 8, pr. D. *neg. gest.* 3, 5.

Le jurisconsulte Scævola fait l'application du même principe au mari divorcé qui, débiteur de la dot, continue à gérer les biens de sa femme. (L. 35, pr. D. *neg. gest.* 3, 5.) Celle-ci aura pour lui réclamer sa dot le choix entre deux actions : l'action *rei uxoriæ*, accordée tant que la dot n'a pas été payée, et l'action *negotiorum gestorum directa*. En effet, le mari devait,

en sa qualité de gérant, se restituer à lui-même la dot dans la mesure de ses ressources ; s'il ne l'a pas fait, il est en faute et par suite tenu, en vertu de l'action *negotiorum gestorum*, de réparer tout le préjudice que, par son inaction, il a causé à sa femme. L'exercice de l'action de gestion d'affaires présente pour la femme un avantage marqué. En effet, le mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ* jouit du bénéfice de compétence : il ne peut être condamné que dans la mesure de ses ressources actuelles, *in eo quod facere potest* ; encore ne doit-on pas le laisser dans le besoin. Au contraire, s'il est poursuivi par l'action *negotiorum gestorum*, il sera condamné à réparer tout le préjudice qu'il a causé à sa femme par sa négligence, c'est-à-dire que, si à un moment quelconque de sa gestion il a eu des ressources suffisantes pour restituer la dot, il sera condamné *in solidum*, et il subira toutes les rigueurs d'une condamnation. Suivant les expressions de Scævola, le mari sera condamné *in quantum facere potest*, et le gérant *in quantum facere potuit*. La condamnation du mari a pour mesure ses ressources au moment de la sentence, celles du gérant les ressources qu'il a eu à un moment quelconque de sa gestion.

En conséquence, si le mari a toujours été insolvable, la femme ne pourra lui reprocher de n'avoir pas exigé la dot *a semetipso*, puisqu'elle-même, ne pouvant poursuivre son mari que dans la mesure de ses ressources, n'aurait pu rien obtenir : il n'a causé aucun préjudice comme gérant, et il ne sera pas responsable en cette qualité.

Si, au contraire, le mari est devenu insolvable au cours de la gestion, il faut, pour apprécier sa responsabilité, envisager les causes de son insolvabilité et le moment où elle s'est produite.

A-t-il perdu sa fortune avant l'époque d'exigibilité de la dot, on ne saurait l'accuser de négligence pour n'avoir pas exigé une dette non encore échue : tout se passe comme s'il n'avait jamais pu rembourser la dot.

S'est-il au contraire laissé surprendre par une insolvabilité, survenue après l'expiration d'un long délai pendant lequel il a différé, sans juste motif, une restitution qu'il devait et pouvait effectuer à l'échéance, il est en faute ; car il aurait pu en temps utile prélever sur ses deniers personnels la valeur intégrale de la dot, et verser les fonds à lui-même à l'actif de sa femme : aussi l'action *negotiorum gestorum* sera-t-elle donnée contre lui pour le tout, tandis qu'il serait absous, comme étant actuellement insolvable, si la femme intentait contre lui l'action *rei uxoriæ*.

La possibilité du paiement n'a-t-elle existé qu'un seul instant, on ne peut pas lui reprocher de n'avoir pas vendu précipitamment ses biens immeubles pour les convertir en argent et payer la dot. La loi lui accorde un certain délai pour réaliser ses immeubles ; l'insolvabilité du mari, survenue pendant cette opération, ne lui sera pas imputable comme une faute ; il ne pourra pas être condamné pour le tout, même par l'action *negotiorum gestorum*.

Enfin, si le mari est solvable au moment où la femme demande la restitution de sa dot, elle a encore

intérêt à exercer l'action *negotiorum gestorum*, plutôt que l'action *rei uxoriæ*, pour ne pas souffrir de l'insolvabilité du mari survenue entre la *litis contestatio* et la sentence ; car, par l'action *rei uxoriæ*, le mari est condamné *in quantum facere potest* au moment de la sentence, tandis que, par l'action *negotiorum gestorum* il devra payer *quatenus facere potuit* au moment de la demande (L. 35. pr. D. 3, 5).

Primitivement restreint à l'hypothèse où le mari était poursuivi en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ*, le bénéfice de compétence s'étendit sous Antonin-le-Pieux à toutes les obligations entre époux, autres que celles nées d'un fait illicite (L. 20, D. *de rejud* 42. 1.

Comment expliquer, dès lors, que la loi 35 précitée, qui est postérieure à la constitution d'Antonin-le-Pieux, permette à la femme d'obtenir par l'action *negotiorum gestorum*, une condamnation pour le tout contre son mari ? C'est que, a-t-on dit, la gestion d'affaires étant intervenue après la dissolution du mariage, l'action *negotiorum gestorum* met en présence, non plus des conjoints, mais un maître et un gérant, deux personnes étrangères l'une à l'autre et dispensées entre elles de la *reverentia maritalis*, qui motivait la concession du bénéfice de compétence,

L'obligation pour le gérant d'exercer contre lui-même les actions avantageuses pour le maître suppose évidemment que le maître avait le droit et le pouvoir d'agir ; il ne faudrait pas, en effet, sous prétexte de sauvegarder les intérêts du maître, imposer au gérant le sacrifice des sûretés qu'il tient de la loi ou d'un contrat.

Par exemple, si le maître avait une action rédhibitoire contre le gérant, parce que ce dernier lui avait vendu un esclave atteint d'un vice caché qui diminue sa valeur, le gérant ne sera pas responsable pour avoir laissé s'éteindre cette action par l'expiration du délai de six mois, lorsqu'il n'a pas trouvé dans les biens du maître, ni l'esclave, ni le pécule, ni les autres objets dont la restitution à son profit eût été nécessaire (L. 35, § 2, D., *neg. gest.*, 3, 5).

De même, le gérant n'est pas tenu de restituer au maître, le gage qu'il détient comme sûreté de sa créance contre le *dominus*, tant qu'il ne trouve pas, dans les recettes de sa gestion, les sommes suffisantes pour se désintéresser intégralement. C'est une conséquence de l'indivisibilité du gage et de cette règle que le paiement partiel ne peut être imposé au créancier (L. 35, § 1, D., *neg. gest.*, 3, 5.— Loi 41, § 1, D., *de usuris*, 22, 1).

Le paiement immédiat des dettes onéreuses figure encore parmi les devoirs d'un bon père de famille ; car, suivant un vieil adage, « Qui paie ses dettes s'enrichit ». Le gérant qui trouve des sommes disponibles dans le patrimoine géré par lui, est dans l'obligation de payer les créanciers du maître ; et, s'il est lui-même créancier du *dominus*, il doit se payer à lui-même sa propre créance, comme il est obligé aussi de recouvrer sur lui-même sa dette particulière envers le maître. Tels sont en effet les principes posés par la la loi 13 (D., *neg. gest.*, 3, 5). Un créancier se constitue gérant de la succession de son débiteur et perçoit des deniers en cette qualité ; mais

au lieu d'employer cet argent à se désintéresser lui-même, et à payer les autres créanciers, il le dépose dans une cassette qui périt par cas fortuit : sans doute, il ne répond pas des cas fortuits ; mais il a commis une faute en conservant inutilement les sommes reçues pour le compte de la succession : non seulement, il ne pourra plus réclamer à l'héritier, le paiement de sa créance ; mais il devra encore acquitter sur ses propres biens les autres dettes héréditaires. Tout ce qui lui est accordé dans ce cas, c'est un droit de rétention pour la répétition de ses impenses. Toutefois, le *gestor* ne serait pas responsable, car il ne serait pas en faute, s'il avait un motif plausible d'agir ainsi, s'il réservait cet argent pour parer à des nécessités plus pressantes, par exemple, pour éviter la vente aux enchères des biens gérés, à défaut de paiement des impôts.

Enfin le gérant qne son immixtion constitue en quelque sorte gardien du patrimoine géré, veillera au maintien des droits et à la conservation des choses du maître : il devra interrompre le cours des usucapions qui, à sa connaissance, pourraient s'accomplir au profit des tiers ou même à son avantage personnel. Nous avons vu déjà que le *gestor* débiteur du *dominus* n'est jamais libéré par une prescription accomplie par sa faute au cours de la gestion ; de même le gérant pourra bien usucaper une chose qui appartient au maître, mais sa responsabilité sera parfois engagée. Voici l'hypothèse présentée à ce sujet dans la loi 19, § 3 (D., *neg. gest.*, 3, 5). Le gérant achète de bonne foi

pour son compte personnel une chose qui, acceptée par lui comme étant celle du vendeur, appartient en réalité au maître: il possède donc cette chose avec toutes les conditions requises pour l'usucaper, et il en deviendra propriétaire par cette voie. Cela n'est pas douteux, si la bonne foi du gérant se maintient jusqu'au terme de l'usucapion, s'il continue à ignorer que la chose appartient au maître. Si, au contraire, il reconnaît son erreur avant l'expiration du délai, il usucapera encore bien qu'il cesse d'être de bonne foi ; car « mala fides superveniens non nocet », et sa qualité de gérant n'est pas par elle-même un obstacle à l'usucapion. Mais, dans le premier cas, le gérant étant de bonne foi a légitimement acquis la chose; il ne saurait encourir de ce chef aucune responsabilité, tandis que, dans le second cas, il est responsable de n'avoir pas interrompu l'usucapion aussitôt après la découverte de la vérité: cet oubli de ses devoirs, qui n'empêche pas le gérant de devenir propriétaire, l'oblige à réparer le préjudice causé au maître. C'est pourquoi ce dernier aura l'action *negotiorum gestorum*, pour contraindre le gérant à restituer la chose usucapée ou sa valeur.

Mais, si le gérant restituait purement et simplement, il aurait bien, pour recourir contre son vendeur l'action *ex empto*, mais non l'action *ex stipulatu duplæ*, souvent plus avantageuse, mais qui suppose une éviction. Pour n'être pas dupe de sa probité, le gérant se fera évincer par un tiers qui revendiquera la chose au nom du maître ; et, à la

suite de cette éviction, il pourra actionner son vendeur en garantie par l'action *ex stipulatu duplæ:* le procédé n'a rien de répréhensible; il permet au gérant l'accomplissement de son devoir.

Deuxièmement. — Le gérant doit rendre compte de sa gestion.

C'est en effet une obligation pour tout administrateur de rendre compte de ses actes. Le compte du gérant doit comprendre tous les bénéfices réalisés par lui, les sommes reçues et les créances remboursées au cours de la gestion avec les intérêts que ces capitaux ont pu ou dû produire.

Le gérant doit également restituer tous les biens qu'il détient au nom du maître, même les choses et les sommes qu'il aurait indûment exigées ou reçues: « Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit « restituere cogitur (L. 23, D., *neg. gest.*, 3, 5). Si toutefois, sur les poursuites d'un tiers, le gérant en avait opéré la restitution, sa responsabilité serait dégagée, s'il pouvait faire la preuve que la chose n'était pas véritablement due au maître (L. 25, pr. D., *de prob.*, 22, 3).

Il est encore comptable des fruits par lui perçus légitimement et même de ceux qu'il a indûment recueillis : car le gérant ne doit retirer aucun bénéfice de sa gestion (L. 8, § 1, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Est-ce, au contraire, le gérant qui de ses propres deniers paie l'indû au nom du maître, c'est une faute de gestion dont il supporte seul toutes les conséquences : « De eo quod indebitum

« solvit magis est ut sibi imputare debeat » (L. 23, D., *neg. gest.*, 3, 5).

S'il y a plusieurs gérants, ils ne sont pas, comme les commandataires, solidairement responsables de la gestion: ils ne sont tenus chacun que des affaires qu'ils ont administrées (L. 26, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Tous les droits et actions acquis par le gérant, en cette qualité, doivent être cédés au maître du patrimoine géré. A l'époque classique, le principe de la non-représentation par autrui dans les actes juridiques s'appliquait dans toute sa rigueur, et le gérant devait réaliser cette cession de créances, soit au moyen d'une délégation ou novation par changement de créancier, opérée avec le consentement du débiteur cédé, soit par une *procuratio in rem suam* qui, sans changer le titulaire du droit, en abandonnait au maître l'exercice et le profit. (L. 48, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Mais les jurisconsultes et les empereurs en arrivèrent à sous-entendre la *procuratio in rem suam* dans tous les cas où, en vertu d'un testament, d'une convention ou de la loi, elle était obligatoire pour le titulaire d'un droit ; et cette théorie, incontestable pour le mandat, doit être appliquée, croyons-nous, à la gestion d'affaires : c'est pourquoi nous verrons le maître exercer à titre utile les actions du gérant contre les tiers.

OBSERVATION. — Nous avons supposé jusqu'ici que le gérant d'affaires était capable de s'obliger ;

que décider si celui qui entreprend la gestion des affaires d'autrui est un incapable, tel qu'un pupille, un *filiusfamiliàs*, un mineur de vingt-cinq ans, un esclave ?

Un pupille a géré les affaires d'autrui sans l'*auctoritas* de son tuteur, dans quelle mesure sera-t-il tenu vis-à-vis du maître ? Dans la mesure de son enrichissement ; tel est le droit commun appliqué dans cette hypothèse depuis un rescrit d'Antonin : « Pupillus « sanè, si negotia gesserit post rescriptum divi Pii, « etiam conveniri potest in id quod factus est locu- « pletior ; agendo autem compensationem ejus quod « gessit patitur » (L. 3, § 4, D., *neg. gest* 3, 5).

Pour le surplus, dit le texte *in fine*, le pupille est tenu d'une obligation naturelle que le maître pourrait lui opposer par voie de compensation. Cette dernière solution, en imposant indirectement au pupille le paiement de ses obligations naturelles, tend à neutraliser la règle qui le déclare incapable : aussi, pour écarter cette interprétation, on a proposé plusieurs modifications du texte, notamment une substitution du mot *pupilli* au mot *pupillus* : elles sont arbitraires et insuffisantes. Il est préférable d'admettre sans discussion une exception aussi nettement formulée par le texte et justifiable peut-être dans une certaine mesure. Le maître est en effet dans une position très favorable : on ne peut lui reprocher d'avoir mis sa confiance dans un incapable ; il ne pouvait prévoir ni empêcher l'immixtion du pupille ; s'il y a eu faute commise, c'est de la part de ce dernier. Du reste, les intérêts de l'incapable ne sont pas

nécessairement sacrifiés. Enfin, la gestion d'affaires repose sur un principe d'équité, qui ne permet pas de faire supporter au *dominus* toutes les conséquences fâcheuses du fait en quelque sorte délictueux du pupille.

Si c'est un mineur de vingt-cinq ans qui a géré les affaires d'un tiers sans l'assistance de son curateur, peut-il être poursuivi par l'action *negotiorum gestorum*? Il faut distinguer.

Dans le droit classique, le mineur de vingt-cinq ans est capable de conclure, *sine consensu curatoris*, toutes sortes d'actes juridiques autres que les aliénations prohibées par le sénatus-consulte de Septime-Sévère ; il est capable de contracter des obligations civiles et son unique ressource est la *restitutio in integrum :* c'est un secours subsidiaire, subordonné à la preuve d'une lésion et destiné à protéger les mineurs contre les dangers auxquels ils seraient exposés si un tiers abusait de leur inexpérience. Mais le mineur qui a géré les affaires d'autrui ne pourra pas invoquer ce privilége contre le maître ; car ce dernier, ayant ignoré la gestion, ne mérite pas le reproche qu'on peut adresser à ceux qui ont traité avec un incapable. S'il y a eu faute, elle est tout entière pour le *gestor*; aussi l'action directe sera-t-elle donnée contre lui. Mais le mineur conservait le droit de demander la *restitutio in integrum* contre les tiers avec lesquels il avait traité à l'occasion de sa gestion : en conséquence, il devra céder son droit à la *restitutio in integrum* au maître qui agira alors comme *procurator in rem suam.*

Dans le dernier état du droit, la situation n'est pas changée pour le mineur qui n'a pas été pourvu d'un curateur : sa capacité est la même que pendant la période du droit classique. Au contraire, le mineur muni d'un curateur est désormais incapable de rendre sa condition *pire* sans le *consensus curatoris* : par suite, la gestion entreprise par un mineur de vingt-cinq ans, pourvu d'un curateur, entraîne les mêmes conséquences que celle accomplie par un pupille.

Est-ce un *filiusfamiliás pubere* qui a géré les affaires d'un tiers? Il est obligé lui-même civilement, et il oblige en outre son *paterfamiliás* dans la mesure du profit retiré de la gestion, ou, à défaut de profit, jusqu'à concurrence du pécule : par suite, l'action *negotiorum gestorum contraria* sera donnée contre le père *de peculio* ou *de in rem verso* , à moins que le fils de famille n'ait agi sur l'ordre de son père ou en qualité *d'institor* ou *d'exercitor*; auquel cas celui-ci serait tenu *in solidum* par les actions prétoriennes *quod jussu*, *exercitoria* ou *institoria*.

Mais, si la gestion est intervenue entre le *filiusfamiliás* et son père, tant que le fils est *in potestate patris*, aucune action ne peut naître entre eux, puisque la personnalité du père absorbant celle du fils, le *paterfamiliás* est pour ainsi dire maître et gérant à la fois. Mais il n'en est plus de même quand le lien de puissance a disparu: quand le *filiusfamiliás* devient *sui juris* par une émancipation, des obligations peuvent exister entre eux. Dès lors, le fils émancipé qui a géré l'affaire de son père aura contre lui l'action *negotiorum gestorum contraria* pour recouvrer ses im-

penses utiles, comme il devra aussi, sur sa demande, lui rendre compte de sa gestion (L. 12, C., *neg. gest*, 2, 19). Si, au contraire, c'était le père qui gérait les affaires du fils, par exemple, les biens qu'il lui a donnés en l'émancipant, le chef de famille serait considéré comme *gestor*, et par suite tenu de rendre compte à son fils de sa gestion (L. 37, D., *neg. gest.* 3, 5.)

L'esclave qui gère les affaires d'autrui n'est tenu que d'une obligation naturelle du fait de sa gestion. Mais l'action, *negotiorum gestorum directa* est donnée, suivant les cas, *de in rem verso* ou *de peculio* contre son maître. Celui-ci serait même déclaré responsable *in solidum* par l'action prétorienne *quod jussu*, si l'esclave avait agi sur son ordre formel.

Si l'esclave a géré les affaires de son maître aucune action de gestion d'affaires ne pourra être intentée à raison de pareils actes ni pendant la durée de la servitude, ni après l'affranchissement: l'esclave n'a pas de personnalité civile distincte de celle du maître, et aucune obligation civile ne peut exister entre eux. (L. 45, § 1, D., *neg. gest*, 3, 5).

L'affranchissement de l'esclave ne change pas les conséquences d'une telle gestion; il n'y a jamais qu'une obligation naturelle, et l'affranchi ne peut être actionné à raison d'une gestion entreprise par lui *in servitute* : « Eum actum quem quis in servitute egit « manumissus non cogitur reddere. » (L. 17. D., *neg. gest.*, 3, 5).

Celui qui continuerait à gérer après son affranchissement une affaire entreprise par lui en sa qualité d'esclave pour son maître, serait considéré comme

gérant des affaires de son patron, et comme tel, tenu ou investi des actions *negotiorum gestorum*, mais seulement à raison des actes de gestion accomplis depuis son affranchissement.

Mais le texte mentionne une exception, un cas où l'esclave peut être tenu de rendre compte d'une gestion accomplie par lui durant la servitude ; c'est quand il y a entre les actes accomplis, soit avant, soit après l'affranchissement, une connexité tellement étroite que l'on ne peut pas diviser la reddition de compte : dans ce cas, l'action *negotiorum gestorum* sera accordée même à raison des actes faits *in servitute*. « Planè « si quid connexum fuit ut separari ratio ejus quod in « servitute gestum est, ab eo quod in libertate gessit, « non possit : constat venire in judicium vel mandati « vel negotiorum gestorum et quod in servitute « gestum est » (L. 17, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Outre cette exception, basée sur la connexité des deux gestions, faut-il en admettre une autre pour le cas où le maître en affranchissant l'esclave lui abandonne son pécule ? Une controverse s'est élevée à ce sujet entre les Sabiniens et les Proculiens.

Ces derniers, Pegasus et Proculus eux-mêmes, prétendaient que le maître pouvait, à raison d'une gestion antérieure à l'affranchissement, poursuivre sur son pécule l'esclave devenu libre : et voici les raisons qu'ils donnaient de leur décision. L'esclave est tenu d'une obligation naturelle de rendre compte de la gestion entreprise *in servitute*, et l'affranchissement n'a pas fait disparaître sa dette. De plus, l'af-

franchi,comme tout autre, doit *præstare bonam fidem*. Or, la bonne foi exige que l'esclave, devenu libre et continuant la gestion commencée *in servitute*, paie à lui-même en qualité de gérant sa dette naturelle envers son maître, dans la mesure des ressources que lui offre son pécule. S'il oublie de remplir ce devoir on pourra l'y contraindre par l'action *negotiorum gestorum directa*, action de bonne foi qui doit embrasser tout ce qu'exige l'équité.

Il en est ainsi, dit-on, toutes les fois qu'un débiteur se constitue gérant pour son créancier : il doit exiger de lui-même le paiement des dettes contractées vis-à-vis du maître avant la gestion ; et, si le délai pendant lequel le paiement pouvait en être exigé, expire au cours de la gestion, le débiteur reste tenu en qualité de gérant, bien que son obligation primitive ait cessé d'exister civilement (L. 18, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Paul et les Sabiniens repoussaient avec raison ce système : car l'esclave, étant incapable de s'obliger tant qu'il demeure en servitude, ne saurait être poursuivi après l'affranchissement pour l'exécution d'obligations qui n'ont pu prendre naissance.

L'argument tiré de l'obligation naturelle et des exigences de la bonne foi n'est pas concluant : il prouve trop ou ne prouve rien ; car il n'y a pas de motif pour le limiter au cas où l'affranchi a un pécule. En effet, qu'il ait ou non conservé son pécule, l'esclave devenu libre, est toujours tenu d'une obligation naturelle en vertu de sa première administration. Si la bonne foi lui commande, lorsqu'il

continue à gérer, de payer à lui-même comme gérant, *a semetipso exigere*, les sommes qu'il doit *naturaliter*, c'est pour lui un devoir, à défaut de pécule, d'affecter à ce paiement les biens acquis par lui depuis l'affranchissement. S'il néglige de le faire spontanément, l'action *negotiorum gestorum* devrait toujours être accordée pour l'y contraindre, sans distinguer suivant que le pécule lui a été abandonné ou retiré au jour de l'affranchissement. Cet argument, dont les Proculiens n'osaient pas admettre toutes les conséquences, tend, comme le fait observer Cujas, à rendre l'esclave responsable de ses actes passés *in servitute*, contrairement à la règle *quod quis in servitute gessit eum post libertatem non teneri*. C'est donc par l'absurde que l'on réfute la doctrine des Proculiens, en montrant que leur système, s'il était admis complètement, détruirait la règle puisqu'elle n'aurait plus un seul cas d'application (L. 19, pr. D., *neg. gest.*, 3, 5).

C'est à tort, dit Pothier, que l'on veut établir une comparaison entre l'affranchi qui continue une gestion commencée *in servitute* et le débiteur qui se constitue gérant des affaires de son créancier. En effet, l'homme libre était tenu civilement d'une dette antérieure à sa gestion ; il existait une action civile contre lui, et en sa qualité de *gestor*, il devait la faire valoir, *a semetipso exigere ;* si elle s'est éteinte *tempore*, c'est par sa négligence, par sa faute il est donc responsable de la perte de l'obligation : voilà pourquoi l'action *negotiorum gestorum* est donnée contre lui.

L'esclave, au contraire, après comme avant son affranchissement, est tenu d'une simple obligation na-

turelle qui n'est pas sanctionnée par une action. Le maître ne pouvait pas en poursuivre l'exécution : l'affranchi, agissant au nom du maître en qualité de *gestor*, ne saurait donc être taxé de négligence pour n'avoir pas poursuivi un paiement que le maître lui-même ne pouvait exiger.

Il faut donc rejeter l'exception proposée par les Proculiens, et faire l'application du principe que l'affranchi ne peut pas être poursuivi à raison d'une gestion entreprise par lui *in servitute*.

SECTION II

Obligations du maître « Actio negotiorum gestorum contraria »

Le maître s'enrichirait injustement aux dépens d'autrui si, après avoir recueilli tout le bénéfice d'une gestion sagement accomplie, il pouvait en faire supporter toutes les charges au gérant. D'un autre côté, il ne faut pas, sous prétexte de sauvegarder les intérêts de ce dernier, sacrifier ceux du maître en laissant son patrimoine à la merci d'un administrateur inhabile. De là pour le maître l'obligation de rendre le gérant complètement indemne de toutes dépenses utilement faites, et de toutes dettes contractées dans l'intérêt de la gestion: « *Is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum* (Inst. § 1, *de oblig. quæ quasi ex cont.*, III, 27). Cette obligation, dont le gérant pourra du reste exiger l'exécution par voie de compensation lorsque le maître exercera des

poursuites contre lui, est sanctionnée par l'action *negotiorum gestorum contraria*, qui présente les mêmes caractères que l'action directe.

Premièrement. — LE MAITRE DOIT REMBOURSER AU GÉRANT SES IMPENSES UTILES.

Pour que le gérant puisse obtenir le remboursement de ses dépenses, il faut et il suffit qu'elles aient été utiles : « Justum est, si utiliter gessit, præstari ei quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum » (L. 2, D., *neg. gest.*, 3, 5). Nous avons vu, au contraire, que le mandataire peut se faire indemniser de toutes ses avances utiles ou non, mais conformes à la lettre et à l'esprit de son mandat (Loi 54, § 4. — L. 27, § 4 D., *mand.* 17, 1).

Pour apprécier l'utilité d'une dépense, il faut se placer à l'époque où elle a été faite, sans s'inquiéter du résultat produit au moment où le gérant en demande le remboursement. L'action sera accordée au gérant, même si le profit de la gestion a disparu, pourvu qu'elle ait été entreprise utilement : « Sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium » (L. 10, § 1, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Celui qui fait des dépenses pour la guérison d'un esclave ou la réparation d'une maison, aura contre le maître ou le propriétaire l'action *negotiorum gestorum* pour se faire indemniser, même après la mort de l'esclave ou l'incendie de la maison réparée ; car ce gérant avait agi en bon père de famille dans le but de sauver l'esclave malade ou de conserver la

maison : son attente a été trompée, mais son droit à une indemnité pour toute dépense utilement faite n'est pas subordonné à des événements qu'il n'a pu ni prévoir ni empêcher.

Toutefois, si l'utilité de la gestion avait disparu par la faute du gérant ; si, par exemple, il avait lui-même tué l'esclave soigné par lui ou mis le feu à la maison réparée à ses frais, il ne saurait avoir de recours contre le propriétaire pour recouvrer ses dépenses ; il serait absurde de lui accorder une indemnité à propos de choses détruites par lui (L. 22, D,, *neg, gest.*, 3, 5).

Mais il faut que l'utilité ait existé en réalité et non pas seulement dans l'esprit du gérant : la bonne foi du *gestor,* sa croyance erronée à l'opportunité d'une dépense ne saurait faire naître un droit de créance à son profit (L. 10, § 1, D., *neg. gest.*, 3, 5).

De même aucun recours ne serait accordé au gérant pour le recouvrement de frais utiles en apparence, mais réellement contraires aux vues du maître, par exemple, pour réparations d'une maison abandonnée par son propriétaire parce qu'elle ne valait pas la dépense d'une réparation ; dans ce cas, en effet, le gérant a créé un embarras au maître au lieu de lui rendre un service. (L. 10, § 1, D., *neg. gest.*, 3, 5).

D'ailleurs, une dépense peut être justifiée en partie et excessive pour le surplus ; elle ne sera remboursée que dans la mesure de son utilité: « Si quis ne-« gotia aliena gerens plus quam oportet impenderit ; « reciperaturum eum id quod præstari debuerit » (L. 25, D., *Neg., gest.*, 3, 5).

A plus forte raison si la somme qui devait être dépensée avait été fixée : un testateur laisse à ses affranchis une certaine somme pour lui élever un monument funéraire ; s'ils ont dépensé plus que la somme fixée, ils n'auront aucun recours pour l'excédent (L. 31, § 4, D., *neg. gest.*, 3, 5).

C'est encore à cause de son inutilité que le paiement indûment fait par le gérant au nom du maître qui n'était pas débiteur ne saurait donner lieu à l'action *negotiorum gestorum contraria*, même en cas d'insolvabilité du prétendu créancier (L. 23, D., *neg. gest.*, 3, 5).

En général, une dépense est utile quand elle est faite en vue de la conservation et de l'amélioration du patrimoine, ou lorsqu'elle procure au maître un avantage quelconque : c'est ainsi que l'action *negotiorum gestorum contraria* est accordée à celui qui fait des dépenses pour faciliter à un tiers, par des moyens licites, l'entrée d'une carrière honorable (L. 47, pr., D., *neg. gest.*, 3, 5).

Mais il s'agit là d'une question de fait, car, ainsi que nous venons de le voir, le maître peut critiquer l'utilité de la gestion ; c'est alors au gérant à établir que son administration était avantageuse : s'il y réussit, il répètera ses frais de gestion ; si, au contraire, il échoue dans sa prétention, il n'a d'autre ressource que de compter sur la bienveillance du maître, qui peut, à son gré, ratifier ou rejeter la gestion.

Du reste, malgré l'utilité de ses impenses, le gérant n'aura parfois qu'un recours partiel, par exemple dans le cas de gestion des affaires d'un pupille, d'un

fils de famille, d'un esclave ; et il n'aura même aucun recours si une autre personne s'était offerte de gérer gratuitement (L. 2, C., *neg. gest.*, 2, 19).

Quant aux dépenses nécessaires, on ne saurait contester leur utilité ; aussi pourront-elles toujours être répétées (L. L. 22 et 10, D., *neg. gen.*, 3, 5). Il n'en est pas de même des dépenses voluptaires qui, faites d'ordinaire dans un but d'agrément, ne donnent lieu à aucun recours au profit du gérant (L. 27, pr., D., *neg. gest.*, 3, 5).

Enfin, pour toutes ses dépenses nécessaires ou utiles, le gérant peut exiger, en même temps que les sommes principales, le paiement des intêrêts au taux ordinaire s'il a fait les avances sur ses deniers personnels, et le remboursement des intérêts qu'il a lui-même payés pour les capitaux empruntés dans l'intérêt de la gestion ; car il doit être être complètement indemne. « Contra quoque usuras quas præstavimus, vel quas « ex nostrâ pecuniâ percipere potuimus quam in « aliena negotia impendimus, servabimus negotiorum « gestorum judicio » (L. 19, § 4, D., *neg. gest.*, 3, 5. « — Loi 18, C., *Neg. gest.*, 2, 19).

Deuxièmement. — Le maitre doit décharger le gérant des obligations qu'il a contractées dans l'intérêt de la gestion.

Le gérant doit être complètement indemne, non seulement des dépenses utilement faites, mais des sommes qu'il pourrait devoir verser à l'avenir en vertu de sa gestion: « Si utiliter gessit, præstari ei

« quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum » (L. 2, D, *neg. gest.*, 3, 5). Il peut, en effet, avoir engagé sa personne et ses biens dans l'intérêt du maître, « quia id ei abesse videtur in quo obligatus est » (L. 28, D., *neg. gest.*, 3,5). Il ne faut pas qu'un service rendu soit pour lui l'occasion d'une perte. Le maître doit le garantir contre toutes les actions que les tiers pourraient exercer contre lui pour obtenir l'exécution des obligations contractées pendant la gestion. Mais comment atteindre ce but.

En principe, les tiers n'ont pas de recours direct contre le maître : car la règle de la non-représentation par autrui dans les actes juridiques resta longtemps intacte dans le domaine des droits de créance. L'intervention du mandataire était même inefficace pour nouer directement des obligations entre le mandant et les tiers.

Nous aurons cependant à examiner plus loin si, dans le dernier état du droit romain, il ne fut pas permis aux tiers créanciers du gérant de poursuivre le maître par des actions utiles, *ad exemplum institoriæ actionis*, analogues à celles qui ont été accordées aux créanciers du mandataire contre le mandant.

Pour atteindre les débiteurs du gérant, le maître avait bien l'expédient de la *procuratio in rem suam ;* mais les tiers créanciers du *gestor* ne pouvaient pas user du même moyen pour poursuivre le maître. Celui-ci devait donc, soit libérer le gérant en éteignant la dette par un paiement anticipé ou une novation, soit lui garantir une indemnité en cas de poursuites

exercées en vertu des obligations contractées pendant la gestion.

Mais, en dehors de ces actions utiles, les tiers qui traitaient avec le gérant n'avaient-ils pas, dans l'action *de in rem verso*, une voie de recours direct contre le maître ? Nous savons en effet que, si le gérant est un fils de famille ou un esclave, les tiers qui ont traité avec lui peuvent intenter cette action contre le père ou le maître. Ne peut-on pas généraliser l'action *de in rem verso*, et l'accorder contre le maître même dans le cas où le gérant est une personne *sui juris* ?

Des jurisconsultes éminents, Cujas entre autres, ont soutenu la négative pour les motifs suivant : les tiers qui traitent avec un gérant *alieni juris* sont réputés vouloir obliger directement le *paterfamilias* ; car ils n'ont de recours assuré, ni contre l'esclave qui ne peut s'obliger, ni contre le fils de famille qui, s'il est capable de contracter, est cependant dépourvu de patrimoine. En droit civil, les tiers ne peuvent exercer aucune action contre l'esclave, et ils n'ont contre le fils de famille qu'une action illusoire. L'intervention du prêteur était donc absolument nécessaire dans ce cas.

Au contraire, les tiers qui traitent avec un gérant *sui juris*, pleinement capable de s'obliger et nanti d'un patrimoine, sont armés contre lui d'une action qui n'est pas condamnée d'avance à demeurer sans résultat : dans ce second cas, il n'y avait pas de raison de déroger au principe que les obligations naissent entre les seules personnes qui ont été parties au contrat.

Nous préférons cependant une autre opinion, qui invoque un texte formel pour généraliser l'action *de in rem verso* : « Alioquin si cum libero res ejus agente « cujus precibus meministi contractum habuisti, et « ejus personam elegisti ; pervides contra dominum « nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus « pecunia processit vel hunc contractum ratum ha- « buit » (L. 7, § 1, C., *Quod cum eo*, 4, 26). Aux termes de cette loi, les tiers qui, en considération du maître traitent avec un gérant *sui juris* peuvent exercer une action contre le maître, dans le cas où ce dernier aurait retiré un profit de la gestion. Mais, par suite de l'analogie qui existe entre l'action *de in rem verso* et l'action de gestion d'affaires, il faut pour apprécier l'utilité de la gestion se placer, non pas au jour de la demande, mais à l'époque où les actes de gestion ont été accomplis (L. 3, §§ 2, 7, 8, 10, D., *de in rem verso*, 15, 3).

Observation. — Toutes ces règles sur les obligations du maître sont évidemment applicables quand il jouit d'une pleine capacité de s'obliger ; mais qu'arrivera-t-il quand le *dominus rei gestæ* est un incapable, tel qu'un pupille, un esclave ou un fils de famille.

Et d'abord, si le gérant, agissant à l'insu du tuteur, a pris en main les affaires d'un pupille, dans quelle mesure ce dernier sera-t-il obligé ?

A ne considérer que les principes généraux, il semblerait logique que le pupille soit tenu, en qualité de *dominus*, de rendre le gérant complètement

indemnè de toutes les dépenses utilement faites dans l'intérêt de la gestion. En effet, l'obligation du maître résulte du fait de la gestion sans aucun consentement de sa part ; elle lui est en quelque sorte imposée sans son concours, sans sa volonté ; on ne peut donc pas invoquer ici l'inexpérience du pupille en faveur de son incapacité : pourquoi donc déroger à cette règle de droit commun, que l'étendue du recours accordé au gérant contre le maître n'est limitée que par l'utilité de ses actes appréciée au moment même de la gestion ?

Et cependant, par une exagération de cette autre règle, que le pupille ne peut être obligé sans l'*auctoritas* de son tuteur, on refusait primitivement et dans tous les cas l'action *negotiorum gestorum contraria* au gérant des affaires d'un pupille. Il y avait là un danger pour le patrimoine des pupilles, en cas d'absence ou de négligence d'un tuteur d'ailleurs insolvable : qui donc, en effet, aurait voulu s'immiscer dans leurs affaires avec cette perspective de n'avoir aucun recours contre eux pour ses impenses d'administration ? C'est donc dans l'intérêt des pupilles, *ex utilitate ipsorum receptum est*, que le rescrit d'Antonin-le-Pieux accorda au gérant contre l'impubère *sui juris* l'action *contraria negotiorum gestorum* jusqu'à concurrence de l'enrichissement résultant de la gestion *quatenus locupletior factus est* (L. 6, pr., D., *neg. gest.* 3, 5. — L. 2, C., *neg. gest.* 2, 19.)

Mais à quelle époque doit exister cet enrichissement, qui donne au recours du gérant sa base et sa mesure ? A cette question, deux textes don-

nent des réponses en apparence contradictoires.

Le jurisconsulte Paul exige que l'enrichissement du pupille subsiste encore au moment de la *litis contestatio* : « Litis contestatæ tempore, quæri solet « an pupillus cujus sine tutoris auctoritate negotia « gesta sunt, locupletior sit ex eâ re factus, cujus « patitur actionem ». (L. 37, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Marcien, au contraire, considère l'enrichissement au moment même où l'acte de gestion s'est produit: « Planè (ut aït Scœvola) etiamsi perierit res ante « litem contestatam interdum quasi locupletior factus « intelligitur » (L. 47, § 1, D. *de solut.*, 46, 3).

Cujas, voyant dans ces textes deux décisions absolument contradictoires, s'en tenait à la loi 47, considérée par lui comme l'application au pupille de la règle, que l'utilité des actes de gestion doit s'apprécier au moment même où ils s'accomplissent. Cette conclusion, qui serait très raisonnable, à notre avis, puisque il n'y a pas de raison pour déroger au droit commun en faveur du pupille, n'est cependant pas admissible ; car elle est contraire à des textes formels.

Les solutions présentées par Paul et Marcien ne sont pas inconciliables : elles sont différentes, parce que les espèces ne sont pas les mêmes. En effet, la loi 37 suppose des impenses simplement utiles, et la loi 47 parle de dépenses nécessaires.

Il ne faut pas se borner à la citation d'un extrait du texte de Marcien ; une lecture attentive de la loi dans toute son étendue fait apparaître le motif de la décision qu'elle donne. C'est ainsi que nous trouvons,

même en tête de cette loi, une solution semblable à celle de la loi 37 : « In pupillo cui sine tutoris « auctoritate solutum est, si quæratur quo tempore « sit locupletior, tempus quo agitur inspicitur ; et, ut « exceptio doli mali posita ei noceat, tempus quo « agitur spectatur. » (L. 47, pr., D., *solut.*, 46, 3). Le paiement reçu par un pupille sans l'*auctoritas* de son tuteur n'est jamais une opération nécessaire : aussi le débiteur qui veut repousser l'action du tuteur à l'aide de l'exception de dol basée sur l'enrichissement procuré au pupille par le premier paiement, doit se placer, pour apprécier ce profit, au jour même de la demande. De plus, après ces mots « etiamsi « perierit res ante litem contestatam, locupletior fac- « tus intelligitur », Marcien ajoute: « Id est si neces- « sariam rem emit quam necessario de suo erat « empturus : nam hoc ipso quo non est pauperior « factus locupletior est. » (L. 47, § 1, D., *solut.*, 46, 3). Il s'agit ici de dépenses nécessaires d'un achat que le tuteur devait nécessairement autoriser ; si nous supposons cet achat fait par un gérant, il pourra répéter ses frais pour le tout ; à quelque moment que l'on envisage cet acte de gestion, il est toujours utile : quel que soit le sort de la chose achetée, le pupille reste toujours plus riche du prix qu'il aurait dû en payer, puisque elle lui était nécessaire.

En résumé, quand il s'agit de la gestion des affaires d'un pupille, il faut faire une distinction entre les dépenses nécessaires dont on envisage l'utilité au moment même où elles sont faites, conformément au droit commun, et les dépenses simplement utiles

que, par exception, on envisage au jour de la *litis contestatio*, et cela, parce que sans doute le gérant a commis une faute en se passant dans sa gestion de l'intervention du tuteur.

Mais ce motif n'existe plus quand la gestion s'applique à des biens qui n'appartiennent pas encore au pupille, et qui peut-être lui seront acquis plus tard, par exemple, à une hérédité encore jacente qui lui est déférée. Dans ce cas le gérant, s'étant trouvé dans l'impossibilité de savoir que la gestion concernait un pupille, était exempt de faute, et pouvait répéter l'intégralité de ses impenses faites utilement. D'ailleurs, c'est l'hérédité elle-même qui est obligée; l'action est donnée au gérant pour le tout, alors même que l'héritier du *de cujus*, serait un impubère : car l'hérédité passe sur la tête de ce dernier avec les charges dont elle était grevée. (L. 3, § 6, D., *neg. gest.*, 3, 5.— L. 21, § 1, D., *eodem titulo*).

Celui qui gère les affaires d'un fils de famille ou d'un esclave a divers recours, suivant les cas. Le possesseur du pécule est-il *institor* ou *exercitor* du maître, le gérant aura contre ce dernier l'action *exercitoria* ou *institoria*. La gestion a-t-elle été entreprise en considération du maître, il sera tenu par l'action *negotiorum gestorum* de rembourser toutes les impenses utilement faites par le gérant. En dehors de ces hypothèses, le père ou le maître, n'étant pas personnellement obligé, n'est tenu que *de peculio* ou *de in rem verso*, c'est-à-dire qu'il ne peut être poursuivi que jusqu'à concurrence du pécule ou de l'enrichissement qu'il a retiré de la gestion.

SECTION III

Effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers

Examinons les effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers, successivement dans les actes judiciaires et dans les actes extrajudiciaires.

Premièrement. — Actes judiciaires. — Le gérant d'affaires peut-il faire valoir en justice les droits du maître ? peut-on, en cette qualité, intenter une action au nom d'autrui ?

La question présente un grand intérêt, quand l'absent est titulaire d'un droit protégé par une action temporaire qu'il est urgent d'intenter pour éviter la prescription ; ou bien il s'agit d'une servitude qui va s'éteindre par le non-usage, d'un droit de propriété qui est menacé par une usucapion dont le délai légal est sur le point de s'accomplir. Dans ces diverses hypothèses, un *negotiorum gestor*, un ami sans mandat, peut-il prendre en main les intérêts de l'absent, se substituer au maître dans l'instance judiciaire et plaider en son nom ?

Sous le régime des actions de la loi, règne souverainement le principe que nul ne peut agir en justice par représentant : « Nemo alieno nomine lege agere « potest »; à peine souffre-t-il quelques rares exceptions. Les *legis actiones* impliquent, en effet, la prononciation de paroles solennelles, *certa verba*, dont le caractère général est de contenir une affirmation ou une négation, portant sur le droit ou sur le fait de

la personne même dont elles émanent. Chacun doit, en personne et pour son propre compte, accomplir les actes symboliques et faire entendre les paroles consacrées. Nul ne peut suppléer le titulaire du droit en litige, fût-il absent ou dans l'impossibilité de comparaître en justice. Cette règle, gênante et souvent dangereuse dans la pratique, devait s'atténuer avec la disparition des *legis actiones*.

Le système formulaire remplaça peu à peu cette procédure longue et ridicule, qui était devenue odieuse; insensiblement, grâce à la souplesse des formules nouvelles, s'établit une règle contraire à l'ancienne, et l'on put plaider au moyen d'autrui. C'est ainsi que Gaius pouvait écrire : « Nunc admonendi sumus « agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno » (Gaius, *Com.*, IV, § 82). On vit, en effet, successivement apparaître, dans l'édit du préteur, diverses catégories de personnes plaidant *alieno nomine* et, entre autres, les *cognitores* et les *procuratores*. Le *cognitor* est un mandataire constitué en présence de l'adversaire, probablement devant le magistrat, et au moyen de paroles solennelles que s'adressent les parties. Le *procurator* était à l'origine toute personne qui plaidait pour autrui en vertu d'un simple mandat, donné sans aucune solennité en présence comme à l'insu de l'adversaire : on donnait aussi ce nom à quiconque s'offrait de bonne foi pour jouer le même rôle sans justifier d'une procuration formelle. A l'époque de Papinien, on assimile au *cognitor* le *procurator* dont le mandat n'est pas susceptible de contestation, par exemple, parce qu'il a été donné *in jure* en pré-

sence de l'adversaire, mais sans paroles solennelles, ou donné par acte public *apud acta*, ou même simplement signifié par lettre du mandant à son adversaire. A ce *procurator præsentis*, désormais dispensé de la *cautio de rato* comme le *cognitor*, on opposa le *procurator absentis*. On désigne sous ce nom celui qui se présente en justice comme mandataire, sans apporter une preuve certaine de sa qualité, ou comme gérant d'affaires dépourvu de tout mandat, mais agissant à l'insu et dans l'intérêt du maître. Le *negotiorum gestor* qui intervenait ainsi dans un procès, prenait aussi le nom de *defensor* ; et Gaius constate à ce sujet une controverse : « Quin etiam sunt qui pu-« tant vel eum procuratorem videri cui non sit man-« datum, si modo bonâ fide accedat ad negotium et « caveat ratam rem dominum habiturum » (Gaius, *Com.*, IV, § 84). Mais le point douteux n'était pas de savoir si le gérant d'affaires pouvait plaider pour autrui, mais bien de préciser s'il pouvait être désigné sous le nom de *procurator*. On appelle *procurator*, dit Gaius, même le gérant d'affaires qui se présente devant le magistrat pour engager le débat au nom du maître.

Le gérant d'affaires et le *procurator præsentis* peuvent donc plaider, l'un pour le maître, l'autre pour le mandant ; mais leur situation n'est pas identique : on peut relever entre eux plusieurs différences essentielles.

1° Quel que soit le rôle joué par le *procurator præsentis* dans le procès, qu'il soit demandeur ou défendeur, la *litis contestatio* éteint dans tous les cas

le droit déduit en justice, de sorte que l'exception *rei in judicium deductæ* paralyse toujours la nouvelle poursuite qui serait exercée par le *dominus litis* ou contre lui ; par suite, il n'était pas nécessaire d'exiger de ce *procurater* une *satisdatio*.

Il en était de même quand le *procurator absentis* ou le gérant d'affaires plaidait en qualité de défendeur : le droit litigieux était épuisé. Si, au contraire, il était demandeur, le droit du *dominus litis* produit en justice restait intact : il n'était pas diminué par la *litis contestatio*. Le maître est complètement libre de ratifier les conséquences du procès ou de les rejeter pour intenter une nouvelle action. Aussi, le gérant d'affaires devait-il donner caution que le maître accepterait le résultat du procès *satisdare rem ratam dominum habiturum*. Cette distinction est logique ; car, si le fait d'un tiers peut nous libérer, il ne saurait par lui-même nous priver d'un droit sans notre intervention (Gaius, *Com.* IV, §§ 96, 98, 100). Cette *cautio de rato*, étrangère au maître représenté, ne l'empêchait pas nécessairement de recommencer le procès ; mais le défendeur y trouvait du moins une garantie, un recours utile dans le cas où le *dominus litis*, refusant de ratifier les actes du gérant demandeur, aurait été tenté de le poursuivre en vertu de son droit, que la *litis contestatio* n'avait pu atteindre. « Procurator verò « si agat satisdare jubetur ratam rem dominum ha- « biturum : periculum enim est ne iterum dominus « de eâdem re experiatur ; quod periculum non in- « tervenit si per cognitorem actum fuit ; quia de quâ « re quisque per cognitorem egerit de eâ non magis

« ampliùs actionem habet quam si ipse egerit » (Gaius, *Com.* IV, § 98). A défaut de cette *cautio de rato*, le défendeur pouvait repousser l'action du gérant d'affaires à l'aide d'une exception *procuratoria* qui, malgré le silence du texte à ce sujet, doit lui être accordée comme sanction de l'obligation du gérant.

2° Quand un *cognitor* et, par conséquent, un *procurator præsentis*, qui, dans le dernier état du droit, est *loco cognitoris*, agissaient *alieno nomine*, la condamnation était poursuivie pour ou contre le *dominus*. Au contraire, était-ce un *procurator absentis* ou un gérant d'affaires qui plaidait pour autrui, l'exécution forcée du jugement était poursuivie pour ou contre lui : « Cognitore enim interveniente, judicati « actio domino vel in dominum datur ; non aliàs « enim cognitor experietur vel ei actioni subjicietur « quam si in rem suam cognitor factus sit. Interve- « niente procuratore, judicati actio ex edicto perpetuo « ipsi et in ipsum non domino vel in dominum compe- « tit. » (*Frag. Vat.*, § 317). Toutefois, la condamnation était exécutée contre le maître qui, après coup, ratifiait l'intervention du gérant et acceptait les conséquences qui résultaient pour lui du jugement rendu (Ulpien, L. 56, D., *de jud.*, 5, 1).

Mais faut-il conclure de là que le *procurator præsentis* et le *cognitor* s'identifiaient avec le *dominus litis*, et qu'il y avait dans ce cas une véritable représentation judiciaire du mandant par le mandataire ? Tel n'est pas notre avis. Nous croyons que le maître ne peut être juridiquement représenté dans un procès ni par

un gérant d'affaires, ni par un *procurator*, ni par un *cognitor*. De ce que l'on peut plaider pour un tiers, il ne s'ensuit pas que l'on puisse le représenter en justice. Les Romains n'oublièrent jamais ce principe qui domine toute leur législation : « Quæcumque ge- « rimus cum ex nostro contractu originem trahunt, « nisi ex nostrâ personâ obligationis initium sumant, « inanem actum nostrum efficiunt » (L. 11, D., *de obl. et act.*, 44, 7). « Tout ce que nous faisons, ayant son origine dans notre fait ne peut produire son effet que dans notre personne. » Ceux qui plaident *alieno nomine* ne sont pas de véritables représentants : leurs actes leur restent personnels dans leurs conséquences immédiates et directes ; la condamnation, qui est toujours pécuniaire, est prononcée en leur faveur ou contre eux-mêmes.

La preuve en est dans les changements qu'apporte à la rédaction des formules la présence d'un plaideur pour autrui. Est-ce le demandeur qui agit *alieno nomine*, l'*intentio* de la formule est conçue au nom du représenté ; elle pose la question de savoir si ce dernier est investi du droit que l'on déduit en justice ; mais la *condemnatio* est conçue au nom du représentant, c'est-à-dire qu'elle donne au juge la mission de prononcer la sentence à son profit : il en poursuivra lui-même l'exécution sauf à rendre compte au représenté. A l'inverse, est-ce le défendeur qui plaide pour autrui, le nom du représenté figurera dans l'*intentio* de l'action si elle est *in personam ;* mais la *condemnatio* indiquera le représentant comme passible de la condamnation, qui s'exécutera contre lui.

Comme le dit M. Accarias : « Ainsi prise dans son ensemble, la formule signifie que la condamnation dépend du droit ou de l'obligation du représenté, mais qu'elle sera prononcée en faveur et à la charge du représentant » (Accarias, *Précis de droit romain*, T. II, n° 933).

Par l'effet de la *litis contestatio*, le *procurator* qui soutient le droit d'autrui devient lui-même créancier ou débiteur comme par un contrat ; car les Romains assimilent l'action en justice à un contrat (L. 3, § 11, D., *De peculio*, 15, 1). L'action *judicati* est accordée régulièrement au représentant ou contre lui ; et, si elle était donnée contre le maître dans le cas spécial d'une instance engagée par son *cognitor* ou par son *procurator præsentis*, c'était contrairement aux principes et seulement *utilitatis causâ*. C'est donc improprement, et faute d'expression plus générale, que l'on parle en cette matière de représentation judiciaire.

Deuxièmement. — Actes extrajudiciaires. — Pour bien administrer le patrimoine d'un absent, le gérant doit entrer en relations avec les tiers ; il conclut avec eux, dans l'intérêt du maître, des ventes, des achats, des prêts d'argent. Ces divers contrats donnent naissance à des obligations réciproques sanctionnées par des actions. Les tiers sont-ils investis ou passibles de ces actions envers le maître ? Nous ne pouvons répondre à cette question sans exposer au moins succinctement, dans ses différentes phases, la théorie du droit romain sur la représentation par autrui dans les actes de la vie civile.

Dans notre loi moderne, le mandataire est le représentant du mandant ; l'acte une fois accompli par le mandataire, la situation est la même que si le mandant l'avait accompli lui-même. Le mandant devient créancier et débiteur par le fait du mandataire, qui lui, personnellement, ne s'oblige pas et n'oblige pas les autres envers lui, parce que sa personne s'efface pour faire place à celle du mandant.

A Rome, au contraire, le mandataire agit en son propre nom et pour son compte personnel ; lui seul est créancier ou débiteur à l'exclusion du mandant ; c'est sur sa tête que se fixent les actions.

Dans l'ancien droit romain, le principe de la non-représentation par autrui est absolu : nous avons vu qu'un acte juridique ne peut produire d'effets qu'à l'égard des personnes qui y ont figuré (L. 11, D., *De oblig. et act.*, 44, 7). Qu'elles aient agi pour elles-mêmes ou pour le compte d'autrui, comme mandataires ou gérants d'affaires, leurs actes leur restent absolument personnels. Les aliénations, les acquisitions et les obligations se réalisent dans leurs personnes ; au regard des tiers le mandataire n'agit que pour son propre compte, lui seul existe à leurs yeux. Les jurisconsultes romains ne veulent pas séparer la cause de l'effet, le contrat de l'obligation. Le pur droit romain subordonne la formation du contrat à l'accomplissement d'un acte matériel, d'un fait extérieur et sensible, susceptible par conséquent de frapper les sens et de rester dans la mémoire des témoins. La loi n'attache la force obligatoire qu'à l'accord des volontés, revêtu d'apparences assez précises pour ne

laisser aucun doute; or, ces formalités, c'est le mandataire qui les accomplit ; c'est lui seul qui prononce les paroles sacramentelles ; c'est seulement à son égard que les obligations prendront naissance. Toutes les conséquences actives et passives des actes du mandataire s'arrêtent sur sa tête ; lui seul est créancier s'il a stipulé, débiteur s'il a promis, investi ou passible de l'action en justice ; le tiers contractant ne connaît que le mandataire et n'a rien à voir avec le mandant.

Sans doute, il faudra bien que l'affaire rejaillisse en définitive sur le patrimoine du mandant, puisqu'elle a été réalisée pour son compte ; mais ce sera l'objet d'une série d'opérations ultérieures semblables à celles que nous avons observées entre le gérant d'affaires et le maître lors de la reddition de compte.

Ce système offrait de sérieux inconvénients. Il y avait complication dans ce double déplacement de fonds et de droits ; il rendait possible la constitution de charges sur la propriété, pendant qu'elle résidait entre les mains du mandataire ; il exposait le mandant et le mandataire au danger, toujours à craindre, de leur insolvabilité respective.

En ce qui concerne la transmission des droits réels, le principe de la non-représentation par autrui reçut une grave atteinte lorsqu'on eut admis que la possession peut être acquise par autrui, Paul avait posé la règle : « Possessionem adquirimus « et animo et corpore : animo utique nostro, « corpore vel nostro, vel alieno » (Paul, *Sent.*, L. V, T. II, § 1). Il fut toujours possible

d'acquérir la possession *corpore alieno*: quant à la nécessité d'un *animus* personnel, on y apporta diverses exceptions commandées par un motif d'utilité pratique. C'est ainsi que la possession fut acquise au mandant avant même qu'il ait connu l'appréhension de la chose par le mandataire; par une fiction légale, le mandant emprunte l'*animus* de l'agent qui appréhende : on ne pouvait, en effet, pratiquement exiger que son attention fût toujours en éveil sur chacun des actes de son représentant.

Dès lors, le mandataire peut acquérir et aliéner directement au nom du maître la possession et, par suite, la propriété des biens susceptibles de tradition. En effet, il aliène directement les biens du mandant : car la tradition est régulièrement faite par quiconque y procède avec l'assentiment du maître, et elle procure au tiers la possession et la propriété. Il acquiert directement des biens au mandant; car la possession peut être acquise au moyen d'un tiers, et le mandant qui devient possesseur par le fait du mandataire obtient, du même coup la propriété, si la chose est susceptible de tradition.

Mais le principe reste plus longtemps intact dans le domaine des droits de créance. L'obligation est, en effet, un rapport essentiellement personnel entre le créancier et le débiteur, entre le mandataire et le tiers qui traite avec lui. Comment supprimer ou changer l'un des termes de ce rapport sans détruire l'obligation elle-même? Comment déclarer créancier ou débiteur une personne qui n'a pas figuré dans

l'acte productif d'obligations ? Malgré les difficultés que rencontrait son application, les Romains n'abandonnèrent jamais complètement une règle qui était, à leurs yeux, conforme à l'équité. Même après les innovations du prêteur et des jurisconsultes, le principe reste toujoure debout ; les actes du mandataire continuent à produire tous leurs effets dans sa personne. C'est toujours entre les parties que sont directement exercées les actions nées du contrat ; entre le mandant et les tiers, il ne peut être question que d'actions utiles.

C'est le prêteur qui fit le premier pas dans une voie nouvelle. Déjà il était intervenu en faveur des tiers qui traitaient avec le fils de famille ou l'esclave. En droit civil, ces personnes *alieni juris* qui pouvaient acquérir des créances au *paterfamiliâs*, étaient incapables de l'obliger sans son assentiment. Mais cette irresponsabilité du père ou du maître était de nature à écarter des affaires, contrairement à l'intérêt public, les esclaves et les fils de famille, c'est-à-dire la majeure partie de la population. D'un autre côté, il était inique de laisser les tiers à la merci du *paterfamiliâs*, qui pouvait, suivant son intérêt, ratifier ou rejeter les contrats synallagmatiques passés par les personnes soumises à sa puissance. C'est pour parer à ces inconvénients que le prêteur avait de bonne heure permis aux tiers d'exercer contre le chef de famille, en modifiant la formule, les actions nées du contrat ou du quasi-contrat de l'individu *in potestate*.

Telle était l'action *quod jussu*, donnée aux tiers

lorsque l'esclave avait agi sur l'ordre formel et spécial du maître. Telles étaient surtout les actions *exercitoria* et *institoria*, quand l'ordre était compris dans une mission générale.

L'action *exercitoria* est donnée aux tiers contre un armateur à raison des engagements que son fils ou son esclave, préposé au navire, a contractés pour remplir cette tâche. On appelle *exercitor* le propriétaire du navire, le préposé prend le nom de *magister navis*.

L'action *institoria* est donnée aux tiers contre un chef de famille qui a préposé son fils ou son esclave à un commerce quelconque, pour sanctionner tous les engagements dérivant de ce négoce. Le préposé est appelé *institor*, parce qu'il conduit l'affaire dont il s'occupe.

Le préteur, après avoir d'abord réservé ces actions aux tiers qui traitaient avec un fils ou un esclave, les généralisa dans l'intérêt de la navigation et du commerce, et donna la même sanction aux engagements contractés par un préposé qui, au lieu d'être sous la puissance du préposant, était l'esclave d'autrui ou même une personne libre, un mandataire *sui juris*. Dans ces hypothèses spéciales, les tiers eurent la faculté de poursuivre à leur choix ou bien le mandataire, qui demeurait toujours obligé suivant le droit commun, ou bien le mandant lui-même en passant par dessus la tête de l'intermédiaire (Gaius, *Comm.* IV § 71).

Les jurisconsultes firent un pas de plus, et sans distinguer suivant l'étendue des pouvoirs du préposé,

qu'il s'agisse d'un ensemble d'opérations ou d'une affaire isolée, de négociations commerciales ou de relations purement civiles, ils donnèrent, dans tous les cas, l'action *institoria utilis* contre le mandant aux tiers qui avaient suivi la foi d'un mandataire quelconque. Les mêmes motifs en effet militaient en leur faveur : quelle que soit la nature ou l'étendue de son mandat, le préposé a toujours le rôle et les fonctions d'un mandataire. Il est assez naturel que le maître soit obligé par le fait de celui qu'il a mis à sa place, qu'il a, pour ainsi dire, publiquement recommandé à la confiance de tous ; d'ailleurs si les tiers traitent avec le préposé, c'est en considération du préposant : ils suivent la foi de ce dernier autant que celle du représentant (L. 19, pr., D., *de inst. act.*, 14, 3. — L. 10 § 5, D, *Mand.* 17, 1. — L. 13, § 25, D., *act. empt.*, 19, 1.

Mais les uns, entre autres Papinien, avaient simplement assimilé le mandataire, quel qu'il fût, au *magister navis* et à *l'institor* ; mais ils n'avaient pas été plus loin. Or les tiers avaient bien les actions *exercitoria* et *institoria* contre *l'exercitor* ou le préposant ; mais ce dernier n'était pas armé d'une action contre les tiers, quand le préposé était une personne libre. La raison de cette différence apparaît clairement si l'on remonte à l'origine de ces actions. En effet, lorsque le *magister navis* ou *l'institor* est sous la puissance du préposant, celui-ci acquiert par l'intermédiaire de son fils ou de son esclave le droit de poursuivre les tiers; mais, quand plus tard le préteur couvrit de sa protection ceux qui traitaient avec un

préposé *sui juris*, il ne crut pas devoir munir d'une action contre les tiers le mandant qui trouvait dans l'action *mandati* ou autre un recours efficace contre le mandataire ou préposé de son choix, dont il avait dû connaître le degré de solvabilité. Les textes, en effet, prouvent que le préteur n'accorda au mandant une action contre les tiers que dans le cas spécial où, par suite de l'insolvabilité du préposé, il se trouvait en danger d'éprouver une perte (LL. 1 et 2, D., *de inst. act.* 14, 3. — L. 5, D. *de stip. præt.* 46, 5),

Le préteur s'était donc arrêté à mi-chemin, et Papinien ne l'avait pas dépassé. L'action *mandati* utile était donnée *ad exemplum institoriæ actionis*. Or l'action *institoria* accordée par le préteur aux tiers contre le préposant était refusée au préposant contre les tiers : par analogie, l'action *mandati* utile, donnée par les jurisconsultes aux tiers contre le mandant, ne devait pas être concédée à ce dernier contre les tiers. Papinien se bornait en effet à généraliser la pensée du préteur qui excluait cette réciprocité (L. 49, § 2, D., *de acq. vel amitt.*, 41, 2).

D'autres, parmi lesquels Ulpien, firent le dernier pas en permettant au mandant d'exercer, à titre utile et sans une cession formelle, les actions acquises par le mandataire contre les tiers, et pour cela, ils firent appel à une fiction. En droit strict, le mandant pour agir contre les tiers aurait dû se faire céder les actions du mandataire. Cette cession obligatoire pour ce dernier, ces jurisconsultes la tiennent pour sous-entendue. Nous avons vu déjà qu'à la fin de l'époque classique, la cession d'action était toujours, ou presque

toujours, réputée accomplie par cela seul qu'elle était due. Ainsi Ulpien continuait au profit du mandant l'œuvre commencée par le préteur en faveur des tiers. L. 13, § 25, *de act. empt.*, 19, 1.)

En résumé, la loi romaine a fini par décider que le mandant deviendrait créancier ou débiteur des tiers avec lesquels le mandataire a traité. C'est sur la tête du mandant que se fixent *utiliter* les actions nées du contrat. Le mandant et les tiers agissent directement l'un contre l'autre ; mais l'ancienne théorie romaine de la non-représentation n'a pas entièrement disparu : les jurisconsultes de Rome n'ont pas eu la notion de la représentation parfaite. Tandis que, dans notre droit, le mandataire s'efface complètement pour laisser en présence les véritables intéressés, le mandant et les tiers,dans la législation romaine, le mandataire reste toujours partie au contrat et demeure créancier ou débiteur du tiers avec lequel il a traité. Celui-ci n'a pas perdu le droit de poursuivre le mandataire, et reste passible de ses actions tant que le mandant ne l'a pas prévenu : car le droit d'agir l'un contre l'autre constitue pour les tiers et pour le mandant une simple faculté mais non pas une obligation.

La théorie de la représentation que nous venons d'exposer en ce qui concerne le mandat, s'applique aussi à la gestion d'affaires. Qu'il s'agisse d'un mandataire ou d'un gérant d'affaires, les principes rigoureux du droit civil sont les mêmes ; les innovations du préteur et des jurisconsultes ont la même raison d'être. Papinien, qui, l'un des premiers, avait accordé une action utile *ad exemplum institoriæ actionis*, aux

tiers contre le mandant, donne également contre le maître, aux tiers qui ont traité avec le gérant d'affaires, une action *negotiorum gestorum utilis ad exemplum institoriæ actionis* (L. 31, pr., D., *neg. gest.*, 3, 5.) « Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere « mutuam : cujus literas creditor secutus contraxit « et fidejussor intervenit : etiamsi pecunia non sit in « rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum « gestorum actio creditori vel fidejussori : scilicet ad « exemplum institoriæ actionis. » Une personne charge un mandataire de faire un emprunt, le bailleur de fonds exige l'accession d'un fidéjusseur ; arrive l'échéance et l'emprunteur ne paie pas la dette ; c'est le fidéjusseur qui doit forcément l'acquitter. Ce dernier aura contre le mandataire et même contre le mandant, en considération duquel il est intervenu, une action *negotiorum gestorum utilis ad exemplum institoriæ actionis*. Peut-on affirmer plus nettement que l'action de gestion d'affaires avait bénéficié, comme le mandat et dans la même mesure, de l'extension donnée aux actions *exercitoria* et *institoria*.

CHAPITRE IV

RATIFICATION DES ACTES DU GÉRANT D'AFFAIRES

En matière de gestion d'affaires, la ratification peut être définie un acte unilatéral par lequel le maître approuve ce qui a été fait pour lui en son nom et sans mandat par le *negotiorum gestor.*

Quand la gestion a été utilement entreprise, la ratification ne change en rien la situation du gérant : dans ce cas, l'action *negotiorum gestorum contraria*, qu'il peut exercer contre le maître, lui permet de se faire indemniser de tous les frais qu'il a faits et de toutes les obligations qu'il a contractées. Mais, quand le gérant n'a pas bien administré, il n'a pas de recours assuré contre le maître; il n'a plus la certitude d'être remboursé de ses impenses, et c'est alors qu'apparaît l'utilité de la ratification. Les dépenses que le gérant s'est imposées, sont, par le seul fait de cette approbation, réputées utiles : le maître, en ratifiant la gestion, se l'approprie et s'enlève le droit de la critiquer. L'utilité des actes du gérant est désormais indiscutable ; l'indemnité qui lui est due n'est pas moins étendue que s'il n'avait fait qu'exécuter un mandat : on applique la règle « Ratihabitio mandato comparatur » ; le maître est tenu vis-à-vis du gérant comme tout mandant vis-à-vis de son mandataire.

De ce que la ratification est un acte unilatéral,

équivalent à un mandat qui aurait précédé, résultent trois conséquences :

1° Le gérant et le tiers avec lequel il a contracté n'interviennent pas dans la ratification ;

2° Impuissante par elle-même à créer un rapport juridique, la ratification doit être rattachée à l'acte du gérant, qu'elle complète en lui donnant une force nouvelle ;

3° Élément nouveau du contrat qui l'a précédée, elle est essentiellement rétroactive au moment même de l'acte du gérant.

Ces divers points ont été mis en lumière par M. Labbé, dans sa remarquable dissertation sur ce sujet : « En ratifiant ce qui a été fait en mon nom.... je ne contracte pas de nouveau avec les tiers : je ne leur fais aucune promesse, aucune stipulation actuelles... Tous les effets juridiques d'obligation, de paiement, d'aliénation, ne pouvant découler que des actes du gérant, doivent dater du jour où ces actes ont été accomplis. Soit entre les parties, soit à l'égard des tiers, il n'y a qu'un principe possible d'acquisition, d'aliénation ou d'obligation, c'est le contrat fait par le gérant au nom du maître de l'affaire. Considérer la ratification comme la cause unique et primordiale d'un droit, d'un changement dans la condition des parties... c'est nier qu'il y ait eu pour autrui une gestion d'affaire utile, efficace ; c'est aller contre le sens et le but de la ratification même (Labbé, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 8).

C'est l'effet de cette rétroactivité, parfaitement com-

prise et consacrée par les jurisconsultes romains, que nous allons examiner successivement à l'égard des actions *negotiorum gestorum*, des obligations contractées ou éteintes par le gérant, et enfin quant aux droits réels acquis ou aliénés par lui.

Premièrement. — EFFETS DE LA RATIFICATION SUR LES ACTIONS DE GESTION D'AFFAIRES.

Lorsque le maître a ratifié les actes du gérant, les obligations réciproques des parties demeurent-elles sanctionnées par des actions *negotiorum gestorum*, malgré l'effet rétroactif d'une ratification qui équivaut à un mandat?

Pour l'action *directa*, le doute n'est pas possible : elle subsiste après la ratification, non toutefois sans perdre une partie de sa force, de son efficacité première, puisque désormais le maître ne peut plus critiquer une gestion qu'il a acceptée ; mais elle ne subit pas d'autre changement ; elle ne se transforme pas (LL. 9 et 19, C. *neg. gest.*, 2, 19). Comment comprendre du reste qu'une action née du fait de la gestion puisse, par la seule volonté du maître, s'éteindre pour être remplacée par une autre? Aussi Pomponius, pour expliquer le refus d'une action de gestion d'affaires au maître, se gardait bien d'invoquer une substitution d'actions : il prétendait que le nom et la nature de l'action née de la gestion restaient provisoirement en suspens, *in pendenti*, jusqu'à ce que le maître eût ratifié ou refusé de ratifier : selon le parti qu'il prenait, l'action de gestion d'af

faires était réputée avoir existé dès le début, ou n'avoir jamais existé. Mais Scævola, qui rapporte, pour mieux la réfuter, l'opinion de Pomponius, indique d'un mot qu'il ne peut y avoir action de mandat; car ce contrat, avec les actions qui en découlent, ne peut se former par une volonté postérieure à son exécution (L. 9, D., *neg. gest.*, 3, 5).

Pour les mêmes raisons, nous maintenons l'action *contraria negotiorum gestorum* après la ratification. Que deviendraient, ajoute Scævola, les paiements reçus par le gérant, les sommes retirées des ventes qu'il a réalisées? et à l'inverse, comment le gérant pourrait-il répéter les dépenses qu'il a faites? quelle action lui accorder? ce ne sera certainement pas l'action *mandati*; car il n'y a pas de mandat, « nam utique mandatum non est » (L. 9, *in fine*, D., *neg. gest.*, 3, 5). Celui qui ratifie une gestion d'affaires se l'approprie : les actions *negotiorum gestorum contraria* et *directa* continuent d'exister ; mais les rapports entre les parties seront réglés comme s'il y avait eu mandat. Le maître ne peut plus contester l'utilité des dépenses qu'il a approuvées : or c'est là, on le sait, la différence principale qui existe entre l'action *mandati contraria* et l'action *negotiorum gestorum contraria*. En ratifiant, le maître se substitue en quelque sorte au gérant, il prend pour lui les charges et les avantages de la gestion ; mais le caractère originaire des relations juridiques qui existent entre les parties n'est pas altéré ; la ratification ne saurait remplacer par l'action *mandati* l'action contraire de gestion d'affaires. Telle est l'opinion

d'un grand nombre de jurisconsultes. (Julien, L. 6, §§ 9, 10, 11, D., *neg. gest.*, 3, 5. — LL. 9 et 19, C., *neg. gest.*, 2, 19. — L. 3, C., *de rei vind.*, 3, 32. — L. 3, C., *de cont. et com. stip.*, 8, 38.)

D'ailleurs abstraction faite des textes,cette solution s'impose. Il y a eu un fait matériel qne l'on ne peut ni supprimer, ni transformer, un acte qui constitue immédiatemeut un quasi-contrat. Comment la volonté d'une seule des parties pourrait-elle en changer la nature et le caractère, et lui faire produire les conséquences d'un contrat.

Sans doute aussi la ratification rétroagit ; mais son unique effet est ici de rendre indiscutable l'utilité des actes du gérant : elle ne saurait faire supposer l'existence d'une convention qui n'a jamais eu lieu.

Il y aurait contradiction évidente à faire produire à un même acte les effets d'un quasi-contrat au profit du maître, et ceux d'un contrat en faveur du gérant. A l'action *directa negotiorum gestorum*, accordée sans discussion au maître, doit nécessairement correspondre l'action *contraria* de même nature au profit du gérant. Le quasi-contrat de gestion d'affaires existe pour toutes les parties ou il n'existe pour aucune d'elles.

A cette doctrine, on oppose une décision d'Ulpien ainsi conçue : « Semper qui non prohibet pro se in- « tervenire mandare creditur. Sed et si quis ratum « habuerit quod gestum est, obstringitur mandati « actione » (L. 60, D,, *de reg. jur.*, 50, 17). La dernière partie de ce texte, prise isolément, semble bien

poser en principe que l'action de mandat doit être accordée à tout gérant dont les actes ont été ratifiés par le maître.

Dans le but de mettre Ulpien d'accord avec les autres jurisconsultes, on a proposé diverses explications de ce texte.

Des deux phrases qu'il contient, la seconde, dit-on, ne doit pas être séparée de la première qui indique l'hypothèse commune, celle d'une intercession pour autrui, envisagée d'abord comme objet d'un mandat tacite. La gestion d'affaires, dont parle ensuite Ulpien, consiste également dans une intercession pour autrui : c'est, par exemple, un fidéjusseur qui s'engage à l'insu du débiteur principal à payer la dette. Le débiteur qui ratifie cet engagement sera tenu envers le fidéjusseur d'une action *mandati contraria*. C'est que, dit-on, la ratification survenue avant le paiement équivaut à un mandat de payer : mais Ulpien aurait donné une autre solution si la ratification avait été postérieure au paiement.

Cette interprétation est arbitraire ; car elle repose sur une distinction dont le texte ne contient aucune trace. Nous préférons la suivante.

La ratification dont parle Ulpien s'applique, non pas à une gestion d'affaires, mais à un mandat tacite. En effet, le texte suppose une intercession passée en présence du débiteur et sans opposition de sa part ; il y a mandat tacite : mais ce mandat tacite peut être ratifié expressément. Dès lors, rien d'étonnant si l'action de mandat est accordée au fidéjusseur. Ainsi entendue, la loi 60 est étrangère à la gestion d'affaires.

Quant aux expressions « quod gestum est », elles ne prouvent pas qu'il s'agisse du quasi-contrat de gestion d'affaires ; car on les rencontre souvent dans les textes relatifs au mandat (LL. 2, § 1. — 22, § 2. D., *Mand. vel. contra.*, 17, 1).

On a tenté une autre conciliation entre la loi 60 d'Ulpien et la loi 9 de Scævola. Le maître ne pourrait poursuivre le gérant que par l'action *negotiorum gestorum* ; mais celui-ci aurait le choix dans son recours contre le maître entre l'action de gestion d'affaires et celle de mandat. Mais on ne peut admettre cette solution ; car chacune des deux lois n'accorde qu'une seule action au gérant, et sans lui laisser de choix. De plus la loi 9 lui refuse absolument l'action de mandat, « nam utique mandatum non est. »

Pour conclure, la ratification équivaut au mandat en ce sens que le maître ne peut élever aucune contestation sur l'utilité des actes et des frais qui ont été faits, de même que s'il eût donné mandat à cet effet ; mais l'action de gestion d'affaires n'en continue pas moins à régler les rapports des parties (Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 656, 2°. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. II, p. 359).

Deuxièmement. — Effets de la ratification sur les obligations contractées ou éteintes par le gérant

Les obligations contractées par le gérant ne donnent pas lieu, en cas de ratification de la gestion, à l'application du principe de la rétroactivité, qui suppose admise une règle rejetée par le pur droit civil, la

représentation par autrui dans les actes juridiques. Nul ne pouvait, à Rome, devenir créancier ou débiteur s'il ne prononçait lui-même les paroles sacramentelles de la stipulation, s'il n'était partie au contrat. Le gérant ne pouvait acquérir de créances que pour lui-même, et, en cas de ratification il n'en pouvait faire passer le bénéfice sur la tête du maître qu'en lui donnant mandat d'exercer les actions contre les tiers avec dispense de rendre compte. Le maître agissant ainsi en qualité de *procurator in rem suam* exerçait encore le droit du gérant, et non pas le sien propre. Quant à la ratification, elle équivaut à un mandat: comment donc une gestion d'affaires ratifiée donnerait-elle un résultat que le mandat le plus formel serait impuissant à produire. « Le maître qui ratifie ne peut pas être considéré comme ayant fait l'acte du gérant, si cet acte n'eût pas été valablement fait en son nom par un mandataire. » (Labbé, *loc. cit.*, n° 11.)

Au contraire, l'extinction des obligations peut s'opérer par l'intermédiaire d'un tiers; on ne se heurte plus ici à l'impossibilité de la représentation par autrui. Le paiement peut être valablement effectué par un autre que le débiteur, par le gérant pour le maître. Celui-ci vient-il à le ratifier? Cette approbation équivaut à un mandat, et le paiement fait par le gérant sera réputé l'avoir été par le maître. La ratification est donc rétroactive à l'égard du maître, du gérant et du débiteur, qui est libéré dès l'époque du paiement. Deux textes nous montrent clairement les effets rétroactifs de la ratification.

La loi 58, § 2 (D., *De solut.*, 46, 3). Deux créanciers sont solidaires, l'un d'eux est absent; le débiteur paie entre les mains du gérant des affaires de l'absent ; puis, avant toute ratification, le même débiteur paie au créancier solidaire. Lequel de ces deux paiements est valable ? « In pendenti est posterior et prior solutio », dit le texte. On ne sait s'il y a eu ou non paiement de l'indû. Si le maître ratifie, le premier paiement sera seul valable rétroactivement, et le débiteur pourra exercer la *condictio indebiti* contre le second créancier, qui a reçu un paiement indû. La rétroactivité était particulièrement grave pour ce dernier ; à défaut de société entre les *correi stipulandi*, il se trouvait sans recours contre le maître qui avait ratifié le paiement fait à son gérant d'affaires.

La loi 71, § 1, (D., *de solut.*, 46, 3) nous donne un autre exemple de rétroactivité de la ratification. Un fidéjusseur qui n'a cautionné la dette que pour un temps déterminé paie, avant l'expiration de ce délai, au gérant d'affaires du créancier. Lorsque le délai pendant lequel le fidéjusseur était obligé est complètement écoulé, le maître ratifie le paiement reçu par son gérant d'affaires ; si la ratification ne rétroagit pas, le paiement n'est réputé dater que du jour de la ratification, époque à laquelle le fidéjusseur était libéré. Celui-ci aura donc une *condictio indebiti* contre le gérant auquel il a fait un paiement indû. Si, au contraire, la ratification a un effet rétroactif, le fidéjusseur, ayant payé en temps utile, n'aura plus la répétition de l'indû contre le gérant ; mais un recours lui sera accordé contre le débiteur principal au

moyen de l'action *mandati*. C'est précisément cette dernière solution qui est donnée par le texte : « Nec « minus agere adversus reum mandati quam si tum « præsenti dedisset. »

Le § 2 de la même loi n'est pas moins formel. Le créancier, ignorant le paiement effectué par le fidéjusseur entre les mains de son gérant d'affaires, fait d'abord acceptilation de la dette à l'esclave ou au fils du débiteur. Puis informé du paiement, il le ratifie: si cette ratification ne rétroagit pas, le paiement, étant censé avoir été fait au jour de la ratification, par conséquent, après la remise de la dette, est nul comme paiement indû ; or le texte le déclare valable et c'est l'acceptilation qui est nulle : elle est anéantie par l'effet rétroactif de la ratification.

Troisièmement. — EFFETS DE LA RATIFICATION SUR LES DROITS RÉELS

Dans le droit classique, parmi les modes d'acquérir la propriété, les plus usités sont la mancipation, l'*in jure cessio* et la tradition. Les deux premiers n'admettent pas la représentation d'une personne par une autre : ce sont en effet des modes solennels, *actus legitimi*, qui exigent l'intervention directe des intéressés, et nul mandataire ne saurait les suppléer ; car les paroles de l'acquéreur affirment l'existence du droit en sa personne : « Hanc ego rem ex jure Quiri- « tium meam esse aïo » . L'aliénateur doit être lui-même investi du droit pour y renoncer efficacement. Le *gestor* ne pouvait donc, ni par la mancipation, ni par l'*in jure cessio*, acquérir ou aliéner directement

un droit réel pour le maître ; et la ratification, qui équivaut au mandat, est également impuissante à produire ce résultat. Le mandataire chargé d'acquérir une chose *mancipi* pour autrui devait d'abord se faire manciper cette chose : ainsi nanti de la propriété, il la transférait au mandant, qui devenait ainsi propriétaire, mais seulement à partir du jour de la seconde mancipation. Etait-ce un gérant d'affaires qui voulait ainsi acquérir indirectement pour le maître, celui-ci, même en approuvant la gestion, n'était propriétaire que du jour où le gérant lui remancipait la chose. La ratification n'avait pasici d'effet rétroactif.

Sous Justinien, la mancipation et l'*in jure cessio* ont disparu ; mais la propriété continue à se transmettre par tradition, mode non solennel qui comporte deux manières d'agir. Le gérant d'affaires peut, en effet, lors de la tradition, acquérir pour lui-même comme dans la mancipation, sauf à tranférer ensuite la propriété au maître s'il vient à ratifier la gestion ; mais, dans ce cas, ce dernier ne deviendra propriétaire qu'à dater de la seconde tradition ; car la ratification ne saurait faire remonter son droit jusqu'à la première translation de propriété qui avait été faite au profit exclusif du gérant.

Si, au contraire, le *negotiorum gestor,* au moment de la livraison avait entendu acquérir au nom et pour le compte du maître, la translation de propriété restait en suspens tant que le maître gardait le silence. Que le gérant puisse ainsi acquérir directement la possession et la propriété au maître, cela est indiscutable : nous savons, en effet, que le mandataire ac-

quiert valablement par tradition pour le mandant, et que la ratification équivaut au mandat. Mais cette approbation donnée par le maître, le rendait-elle rétroactivement possesseur et, par suite, propriétaire, à partir du jour de la tradition faite au gérant.

En ce qui concerne la possession, l'effet rétroactif de la ratification a été vivement contesté. Suivant M. de Savigny, le principe de la rétroactivité ne peut pas s'appliquer en cette matière : la possession du maître commencerait seulement à l'époque de la ratification, sans remonter au jour même de la prise de possession par le gérant. On peut bien posséder à son insu par un mandataire (Inst., L. 2, T. 9, § 5. — L. 42, § 1, D., *de adq. vel amitt. pos.*, 41, 2). Mais la fiction qui fait rétroactivement considérer le gérant comme mandataire est applicable à des effets juridiques et ne saurait être étendue à des éléments de fait comme la possession ; le maître ne réalise les conditions de la possession qu'au moment de la ratification. Une fiction ne peut modifier ce fait matériel : il est impossible de faire commencer plus tôt sa possession.

Et cependant nous admettons de préférence l'opinion contraire. Pourquoi le maître en ratifiant ne pourrait-il pas profiter rétroactivement de la possession exercée pour lui par le gérant ? La possession s'acquiert *corpore* et *animo* : elle se compose de deux éléments l'un physique, le *corpus*, la détention matérielle, et l'autre moral, l'*animus domini*, l'intention bien arrêtée de traiter la chose comme sienne. On peut détenir physiquement une chose

pour autrui et à son insu ; il n'est donc pas besoin d'invoquer le principe de la rétroactivité pour faire acquérir au maître le *corpus*, l'élément matériel de la possession. Quant à l'intention de posséder, elle est toute personnelle, et ici le gérant ne peut pas suppléer le maître, mais c'est un élément moral qui est du domaine du droit plutôt que de celui du fait ; et, si la rétroactivité de la ratification est applicable aux effets juridiques, pourquoi faire exception en ce qui concerne l'*animus domini* ?

N'est-ce pas conforme à la volonté exprimée par Justinien d'abolir en notre matière la distinction du fait et du droit? « Nec in cæterum subti-« lem distinctionem facti vel juris introduci posse » (L. 25, C., *de donat. inter vir. et uxor.*, 5, 16).

Aucun texte ne contredit formellement cette solution, Deux fragments du droit romain, qu'on nous oppose, exigent bien la ratification du maître pour qu'il puisse devenir possesseur ; mais ils ne disent pas à quel moment commence sa possession (Sent. de Paul, L. 5, T. 2, § 2.). « Procurator si qui-« dem mandante domino rem emerit protinus illi « adquirit possessionem quod si suâ sponte emerit, « non, nisi ratam habuerit dominus emptionem » (L. 42, § 1, D., de *de adq. vel amit. pos.*, 41, 2). On a même donné de cette loi la traduction suivante, qui est très favorable à notre opinion. Si un mandataire acquiert une chose pour le maître, ce dernier en aura immédiatement la possession ; si l'acheteur est un gérant d'affaires, la possession n'est pas acquise immédiatement au maître, à moins

d'une ratification ultérieure de sa part. Cette interprétation a d'ailleurs l'avantage de donner au texte une portée utile : comment supposer, en effet, que le jurisconsulte Julien ait cru nécessaire de proclamer cette vérité évidente qu'un gérant d'affaires ne peut, malgré nous et en l'absence de ratification, nous faire acquérir la possession.

Nous admettons donc que, par l'effet de la ratification, le maître devient rétroactivement possesseur du jour où le gérant l'est devenu lui-même.

Toutefois, si le gérant avait acquis la possession *a non domino*, si le *tradens* n'était pas propriétaire, le maître ne pourrait usucaper qu'à partir du moment où il se serait approprié l'acte du gérant en le ratifiant. La bonne foi, qui est l'une des conditions de l'usucapion, n'est pas réalisée avant la ratification : on n'est pas de bonne foi relativement à une chose qu'on ignore.

Telle est, en effet, la solution donnée au sujet d'une acquisition faite *a non domino* par un mandataire. Le mandant possède bien à partir de la tradition faite à son représentant; mais il ne commence à usucaper que du jour où il connait l'acquisition faite en son nom. Il doit en être de même dans la gestion d'affaires (L. 1, C. *de acq. vel amitt. pos.*, 7, 32).

Quel est l'effet de la ratification du maître sur la translation de la propriété ? Notre réponse ne saurait être douteuse. La tradition est un mode de transfert de la propriété au moyen de la possession : or, par suite de la ratification, le maître, qui est rétroactivement possesseur, nous l'avons vu, à partir du jour

de la prise de possession par le gérant, doit logiquement devenir propriétaire à cette même date.

Cela résulte des textes déjà cités relativement à l'extinction rétroactive d'une obligation en cas de paiement fait au gérant par le débiteur du maître, et suivi de ratification de la part de ce dernier (L. 58 § 2 D. — L. 71 §§ 1 et 2, D., *de solut*, 46, 3). Dans cette hypothèse, la dette est éteinte, non pas seulement du jour de la ratification, mais du jour même du paiement. « La libération du débiteur et l'acquisition de la chose par le créancier sont des faits nécessairement connexes et presque simultanés. L'acquisition par le créancier est la cause de l'extinction de l'obligation ; elle précède d'un instant de raison cette extinction. » (Labbé, *loc. cit.* n° 22). Si le débiteur est libéré dès le moment où il y a eu tradition de la chose due, c'est parce que le créancier en acquiert la propriété le jour même de la délivrance faite au gérant.

Ces mêmes solutions confirment notre opinion en faveur de la rétroactivité de la possession. L'acquisition de la propriété est ici subordonnée à la prise de possession ; et, de ce que le maître est propriétaire du jour même de l'appréhension de la chose par le gérant, ne faut-il pas conclure qu'il est réputé possesseur depuis la même époque ?

On peut encore invoquer dans le même sens le texte suivant : « Si ego hâc mente pecuniam procu-« ratori dem ut ea ipsa creditoris fieret : proprietas qui-« dem per procuratorem non adquiritur. Potest tamen « creditor, etiam invito me ratum habendo, pecuniam « suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris

« duntaxat negotium gessit, et ideò creditoris ratihabi-
« tione liberor. » (L. 24, D., *neg. gest.*, 3, 5). Le paiement fait par un débiteur au gérant des affaires de son créancier ne rend pas ce dernier propriétaire des deniers versés ; mais survienne la ratification, le maître en deviendra propriétaire malgré le débiteur. A partir du paiement, la loi refuse au débiteur tout pouvoir de disposition sur la somme payée ; mais pourquoi ne peut-il pas en exiger du gérant la restitution immédiate ? C'est que la ratification éventuelle du maître lui fait acquérir rétroactivement la propriété des deniers du jour même du versement opéré entre les mains du gérant. Le maître, en ratifiant l'acte du *gestor*, sera considéré comme lui ayant donné mandat de recevoir les fonds ; et, de la même manière que le mandant, il deviendra propriétaire dès le moment de la prise de possession (L. 13, pr. D., *de adq. rer. dom.*, 41, 1).

Enfin, un texte déjà cité nous prouve que, dans le droit de Justinien, la question n'était nullement controversée (Const. 25 *in fine*, C., *de don. inter, vir. et uxor.*, 5, 16). La donation entre époux ou celle faite par un père à son fils, si elle est régulièrement insinuée, ou affranchie de l'insinuation à cause de sa modicité, deviendra pleinement valable lorsqu'elle aura été confirmée par la mort du donateur ou par un acte spécial de dernière volonté ; et, s'il y a eu tradition antérieure de la chose, la confirmation fera remonter la translation de la propriété à l'époque de cette tradition. Le législateur veut que cette rétroactivité s'opère, et que le même effet translatif de pro-

priété se produise lorsqu'une acquisition faite par le gérant d'affaires est ultérieurement ratifiée par le maître. « Sicut et alias ratihabitiones negotiorum ges-« torum ad alia reduci tempora oportet in quibus con-« tracta sunt. »

Jusqu'à présent, nous avons considéré le gérant comme acquéreur pour le maître ; mais les mêmes solutions sont applicables au cas où il aliène au nom du maître. Par l'effet de la ratification, celui avec lequel le gérant aura traité sera devenu propriétaire, et le maître aura perdu la propriété à partir de la tradition faite par le gérant. Le principe de la rétroactivité de la ratification est applicable, quel que soit le rôle du gérant d'affaires dans les translations de propriété.

C'est en vain qu'on opposerait à cette solution un texte de Papinien (L. 44, § 1, D., *de usuc. et usurp.*, 41, 3). Cette loi, en effet, suppose que le vendeur de la chose d'autrui a agi, non pas comme gérant d'affaires, mais en qualité de propriétaire, alors que l'acheteur savait bien que la chose vendue appartenait à un autre. L'acquéreur ne pourra pas usucaper cette chose acquise *a non domino*; car il n'était pas de bonne foi au moment de la vente. Mais, si après la livraison le propriétaire ratifie l'aliénation, la mauvaise foi de l'acquéreur, qui était un obstacle à l'usucapion, ne l'empêchera pas en ce cas d'acquérir la chose.

L'effet rétroactif de la ratification se réalise encore quand le gérant grève d'une hypothèque les biens de l'absent. Ce droit réel prétorien se constitue

par le seul consentement : nous ne rencontrons plus ici les difficultés provenant du fait de la possession ; aussi faut-il affirmer sans hésitation que la ratification du maître fait rétroagir la concession du droit d'hypothèque jusqu'au jour de la convention passée par le gérant. Si, nesciente domino, res ejus hypothecæ data sit, deindè posteà dominus ratum habuerit, dicendùm est hoc ipsum quod ratum habet voluisse eum retrò recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. » (L. 16, § 1, D., *de pign. et hypoth.*, 20, 1.)

En résumé, la retroactivité est donc essentielle à la ratification, et elle produit ses effets à l'égard de tous : 1° contre celui qui a traité avec le gérant d'affaires : c'est ainsi que le débiteur, après avoir payé entre les mains du gérant, ne peut plus, même avant la ratification, retirer les sommes ainsi versées ; 2° contre les tiers, auxquels l'hypothèque est désormais opposable ; 3° enfin, contre le gérant lui-même, dont la mort, l'incapacité ultérieure ou la volonté ne peuvent faire disparaître l'obligation ni empêcher la ratification (L. 24, § 1, D., *ratam rem haberi.*, 46, 8).

Aussi, pour ne pas laisser le gérant et les tiers dans l'incertitude, le maître, dès qu'il a connaissance de la gestion, est-il tenu de déclarer s'il ratifie ou non : on lui laisse le temps moralement nécessaire pour prendre un parti : mais, passé ce délai, peut-être pourrait-il être mis en demeure de le faire (L. 13, D., *De solut.* 46, 3. — Pothier, *pand. just. eodem titulo*, N° 58).

Dans un cas spécial, cependant, la ratification doit nécessairement, sous peine d'être considérée comme non avenue, intervenir avant l'expiration d'un délai déterminé. C'est lorsque le gérant d'affaires a demandé la *bonorum possessio*. Si le maître veut ratifier la demande il doit le faire dans le délai de cent jours utiles, accordé à l'ordre héréditaire dont il fait partie. Une ratification survenue plus tard serait dépourvue de toute efficacité. La fixation d'un délai pour la demande et, par suite, pour la ratification avait pour but de sauvegarder les intérêts, tant des créanciers du *de cujus*, que des héritiers de l'ordre subséquent : car l'inaction du successible pouvait leur causer préjudice (L. 24, pr., D., *ratam rem.*, 46, 8).

C'est donc en vain qu'on s'armerait de ce texte pour attaquer le principe de la rétroactivité de la ratification ; cette loi, en effet, montre l'impossibilité d'une ratification après l'expiration du délai fixé ; mais elle n'empêcherait pas une ratification survenue en temps utile de produire, suivant la règle générale, ses effets rétroactifs à l'égard de tous.

DROIT FRANÇAIS

DE LA RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

Dans les placements hypothécaires

INTRODUCTION ET PRINCIPES GÉNÉRAUX

On entend par responsabilité en général l'obligation de réparer le préjudice résultant d'un fait dont on est l'auteur direct ou indirect. Car ce n'est pas seulement de son fait personnel que l'on répond, c'est aussi du fait d'autrui, dans les cas prévus par la loi, et même du dommage causé par les choses qui sont sous notre garde.

La responsabilité est pénale ou civile. La première consiste à subir une peine afflictive ou infamante pour réparer le préjudice causé à la société dans l'ordre moral ; c'est l'expiation d'un acte illicite réclamée au nom de la société tout entière. La seconde, qui fera seule l'objet de notre étude, consiste à réparer, au moyen d'une indemnité pécuniaire, le dommage

que l'on a causé aux individus (Sourdat, *Traité de la responsabilité*, T. 1, nos 1, 2 et 5).

Le principe de la responsabilité civile, émanation directe des règles de l'équité et du droit naturel, est admis dans toutes les législations. Le Code civil le consacre de la manière la plus générale dans les articles 1382 et 1383. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

Aucune justification n'est ici nécessaire. « Lorsqu'un dommage est causé par la faute de quelqu'un, disait le tribun Tarrible, au Corps législatif, le 19 pluviôse an XII, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre, avec celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé, un cri soudain de la justice s'élève et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur. Cette disposition embrasse, dans sa vaste latitude, tous les genres de dommages et les assujétit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert... Tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemnisera la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés ».

Ainsi, le principe n'admet pas d'exception : il embrasse tout ce qui blesse les droits d'un autre et conduit à la réparation du tort, ne fût-il que le résultat de la négligence ou de l'imprudence.

Cette obligation de réparer le préjudice causé se

forme donc sans convention : elle résulte des délits et des quasi-délits, c'est-à-dire de faits illicites et dommageables accomplis volontairement avec ou sans intention de nuire ; si cette intention existe, l'acte constitue un délit criminel ou civil, suivant que la loi pénale y attache ou non une répression.

Un même fait peut aussi engager la responsabilité pénale et la responsabilité civile de son auteur : ainsi, le voleur répond civilement des conséquences de son délit vis-à-vis du propriétaire qu'il a dépouillé, et pénalement vis-à-vis de la société représentée par les magistrats du ministère public pour la poursuite, et par les tribunaux de la justice répressive pour la condamnation.

Peu importe, d'ailleurs, qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission ; le délit civil ou le quasi-délit peut consister aussi bien dans l'omission d'un fait ordonné par la loi, que dans l'accomplissement d'un acte qu'elle prohibe. Mais, pour que l'obligation de réparer le dommage causé à autrui prenne naissance, il faut nécessairement que l'auteur de ce préjudice soit en faute, qu'il ait injustement blessé le droit d'autrui ; l'exercice régulier d'un droit n'est pas une faute, n'oblige à fournir aucune indemnité, quand bien même il serait cause d'un dommage : « Neminem lædit qui suo jure utitur ». Le préjudice dont l'article 1382 exige la réparation, c'est le *damnum injuriâ datum,* qui faisait, en droit romain, l'objet de la loi Aquilia. La faute est un élément essentiel du délit civil et du quasi-délit ; on ne saurait donc admettre la formule suivante, dont on se sert fré-

quemment au Palais : « Quiconque, par son fait, cause du dommage à autrui, est obligé de le réparer ». Pour conserver cette forme abrégée de l'article 1382, il faudrait dire : « Quiconque par sa faute..... »

Or, la faute en cette matière est toute négligence ou imprudence coupable : ce qui revient à dire que la faute la plus légère suffit pour faire encourir la responsabilité édictée par l'article 1382. *In lege Aquilia levissima culpa venit.* Celui qui s'en rend coupable est obligé de réparer, sous forme de dommages-intérêts, tout le préjudice causé, qu'il ait pu ou non le prévoir.

Tels sont les principes du droit commun en matière de responsabilité proprement dite.

Il ne faut pas confondre avec cette action en responsabilité une autre action en dommages et intérêts, basée sur l'inexécution totale ou partielle des obligations nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat, tels qu'une vente, un mandat ou une gestion d'affaires (art. 1147 C. civ.). Le débiteur qui néglige de remplir ses engagements est tenu de payer une indemnité au créancier auquel l'inexécution cause un dommage.

L'existence d'un préjudice est évidemment la première condition d'une action qui est destinée à procurer une réparation : pas d'intérêt, pas d'action. Ainsi un notaire, après avoir accepté le mandat de faire inscrire une hypothèque pour mon compte, néglige d'exécuter son obligation : je ne pourrai de ce chef lui réclamer aucune indemnité si l'événement

démontre que mon hypothèque, eût-elle été inscrite, ne serait pas venue en ordre utile.

Il faut aussi que l'inexécution soit imputable au débiteur, c'est-à-dire qu'elle soit le résultat de son dol, de sa faute ou même de son propre fait. La faute est une négligence commise sans intention de nuire, si cette intention se rencontre, il y a dol ; enfin, il y a simple fait quand le débiteur, sans être coupable de dol ou de faute, est cependant la cause du préjudice subi par le créancier. Dans ces différents cas, le débiteur est responsable, à moins qu'il ne prouve que l'inexécution provient d'une force majeure ou d'un cas fortuit : car à l'impossible nul n'est tenu.

Mais de quelle faute doit répondre le débiteur ? Quelle est l'étendue des soins qu'il doit apporter à l'exécution de l'obligation ? Pour ne pas aborder à ce sujet la célèbre théorie de la prestation des fautes, qu'il nous suffise de dire avec le Code civil que le débiteur est tenu de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, c'est-à-dire un administrateur soigneux et diligent. « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille » (art. 1137 C. c.). Il répond de la faute que les commentateurs du droit romain appellent *culpa levis in abstracto*.

On oppose ainsi à cette faute contractuelle la faute délictuelle, dite faute Aquilienne. Quand il s'agit d'un dommage causé par un délit ou un quasi-délit, la

faute la plus légère suffit pour engendrer la responsabilité de son auteur ; la loi se montre alors plus sévère qu'en matière de contrat : car l'auteur du quasi-délit répond de sa *culpa levissima*, de celle que ne commettrait pas un administrateur d'une diligence exceptionnelle, tandis que le débiteur exempt de dol répond en principe de sa faute légère appréciée *in abstracto,* c'est-à-dire de celle que ne commettrait pas un bon père de famille.

Cette différence apparaît encore en ce qui concerne le *quantum* des dommages-intérêts. L'auteur du délit doit réparer tout le préjudice causé, qu'il ait pu ou non le prévoir. Le débiteur qui n'exécute pas son obligation est tenu seulement des dommages et intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat à moins qu'il n'y ait eu dol de sa part (art. 1150 C. civ.). Dans ce dernier cas, la loi suppose que les parties ont tacitement réglé les dommages et intérêts qui seraient dus pour l'inexécution ; ce qui exclut naturellement la réparation du préjudice qu'elles n'ont pu prévoir. Au contraire, on ne conçoit plus de convention tacite en matière de délit ou de quasi-délit.

Mais, dans les deux cas, on ne doit que les dommages et intérêts qui sont la suite immédiate et directe de la faute commise (art. 1151 C. civ.).

Soumis à la loi commune, en tant que simples particuliers, les notaires ont, comme officiers publics délégués directs du pouvoir exécutif, des devoirs exceptionnels qui engendrent une responsabilité spéciale.

La loi des 29 septembre-6 octobre 1791 sur l'organisation du notariat, sans poser nettement le prin-

cipe de la responsabilité des notaires, l'admet cependant puisqu'elle soumet chaque notaire à l'obligation de déposer, à titre de garantie des faits de ses fonctions, un fonds de responsabilité en deniers, (Loi du 6 octobre 1791, T. 1, Sect. 2, art. 16 et 17). « Les notaires sont comptables de la vérité des actes qu'ils souscrivent ; ils sont conservateurs des traités les plus précieux aux familles, les dépositaires de tous leurs intérêts » (Exposé des motifs fait à l'Assemblée constituante le 15 septembre 1791, par Frochot). L'importance de leurs fonctions nécessitait au profit de la société une garantie pour assurer la réparation des fautes, négligences ou erreurs qu'ils pouvaient commettre.

La loi du 25 ventôse an XI, qui régit encore le notariat, arrêta les bases de son organisation et fixa les droits et devoirs des notaires. « Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. » (Art. 1, loi de ventôse.) Après avoir défini, dans son article premier, ce fonctionnaire, dont le ministère est tantôt obligatoire et tantôt volontaire pour les parties, la loi de ventôse assujettit les notaires à un cautionnement spécialement affecté à la garantie des condamnations prononcées contre eux par suite de leurs fonctions (art. 33), et en arrive immédiatement à consacrer le principe de la responsabilité notariale. Dans les articles 6,

12, 16, 18, 23, elle applique la règle à des cas particuliers; dans l'article 68 elle confirme ces applications et pose le principe général de la responsabilité des notaires. « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52... est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties ; et, lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée; sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages et intérêts contre le notaire contrevenant. »

Ainsi le notaire n'instrumentera pas hors de son ressort (art. 6); il ne recevra pas des actes dans lesquels ses parents au degré prohibé seraient parties ou qui contiendraient quelque disposition en sa faveur (art. 8) ; il n'instrumentera pas sans appeler un second notaire ou des témoins (art. 9); il ne concourra pas à un même acte avec un autre notaire son parent, et n'acceptera pour témoins ni des parents, ni des alliés au degré prohibé, ni des parents des parties, ni ses clercs ou serviteurs (art. 10); il ne recevra pas un acte sans le signer, sans le faire signer par les parties et les témoins, et sans faire mention de la signature à la fin de l'acte (art. 14); il gardera minute de tous les actes qu'il reçoit, sauf les exceptions déterminées par la loi (art. 20); il n'instrumentera pas après suspension, destitution ou remplacement dans ses fonctions (art, 52). Toute infraction, outre qu'elle aura pour effet d'annuler l'acte ou tout au moins de lui faire perdre le caractère de l'authenticité, exposera, s'il y a lieu, le notaire contrevenant

à des dommages et intérêts envers les parties. Voilà ce qui résulte de l'article 68 de la loi de ventôse combiné avec les autres articles auxquels il se réfère (P. Pont, *Dissertation*, *Revue critique*, année 1855, t. VII, p. 53.)

Une action en responsabilité est encore autorisée contre les notaires par divers textes de nos Codes, et spécialement par les articles 1397, 1597 du Code civil, par les articles 68 et 176 du Code de commerce.

Outre cette réparation civile qui consiste à payer des dommages-intérêts aux parties lésées, les notaires sont encore responsables devant la loi pénale pour infractions prévues et punies par cette loi (C. p., art. 145-7, 196, 254, 408) ou pour contraventions aux lois du timbre et de l'enregistrement. Enfin une responsabilité disciplinaire résulte pour eux des manquements aux règles professionnelles de morale, d'honneur et de dignité et encore d'infractions à certaines dispositions légales.

Envisagée sous ses aspects multiples et variés, cette question de la responsabilité notariale semble inépuisable ; aussi, de peur de nous égarer dans un sujet trop vaste et trop compliqué, c'est au seul point de vue des placements hypothécaires que nous nous proposons d'étudier la responsabilité civile des notaires résultant de leurs faits personnels.

Ainsi limitée, cette matière embrasse une théorie déjà complexe, dans laquelle il faut invoquer tour à tour les principes du droit commun et des règles spéciales, de nombreux textes de lois diversement appli-

qués par une jurisprudence qui se laisse trop souvent guider par des appréciations de fait. Cependant, à la base de ces décisions, doivent se trouver toujours certains principes de droit, principes fixes et immuables, dont l'application peut varier en raison des circonstances, mais dont la violation manifeste entraînerait l'annulation des décisions elles-mêmes. « Il ne faut pas, dit Montesquieu, séparer les lois des circonstances dans lesquelles elles ont été faites. » (*Esprit des lois*, L. 29, ch. 14.) « Il faut, dans chaque genre d'affaires, dit encore d'Aguesseau, consulter la loi qui lui est propre, autrement tout deviendrait incertain si l'on voulait, pour ainsi dire, dépayser les principes. » (*Œuvr.*, t. 8, p. 483.)

En droit, quel est le rôle d'un notaire dans les placements hypothécaires, et quelle est la responsabilité qui en dérive ? Pour répondre à cette question, il faut faire plusieurs distinctions ; car l'action du notaire dans les placements de fonds est plus ou moins prononcée suivant les cas.

Ou le notaire n'a été que le simple rédacteur de l'acte, le fonctionnaire public chargé par la loi du 25 ventôse an XI, de donner l'authenticité à la convention arrêtée par les parties en dehors de lui. Dans ce cas, il y a lieu à la responsabilité notariale proprement dite, celle qui dérive de l'exercice de la fonction, soit en vertu de l'article 68 de la loi organique du notariat, soit même, ainsi que nous le verrons bientôt, en vertu des règles du droit commun, exprimé dans les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Ou bien le notaire a joint à sa qualité d'officier

public celle de mandataire des parties, et dans ce cas l'étendue de sa responsabilité varie suivant l'importance du mandat qu'il a accepté (art. 1137, 1992, C. civ.). S'il a servi d'intermédiaire, mais seulement pour la négociation du prêt, ayant reçu le mandat limité de négocier le placement, de transmettre les propositions réciproques des deux parties, à l'une la demande d'emprunt, à l'autre, l'offre de prêt, sa responsabilité sera restreinte comme le mandat lui même aux seuls agissements de la négociation du prêt. S'il a reçu, au contraire, le mandat complet du possesseur des fonds à l'effet d'en opérer le placement sur bonne garantie hypothécaire, c'est la responsabilité normale du mandataire qu'il encourt, responsabilité qui s'étend à l'opération tout entière jusqu'à sa consommation, à toutes les omissions, à toutes les imprudences, et qui sera plus rigoureusement appréciée si le mandat est salarié.

Enfin le notaire a pu se faire le gérant d'affaires, le *negotiorum gestor* du prêteur, ce qui suppose une immixtion spontanée, consommée sans l'ordre et à l'insu du client qui en a eu connaissance, seulement au cours de l'exécution (art. 1372 C. civ.). Dans cette dernière hypothèse, le notaire, étant tenu d'apporter à l'affaire tous les soins d'un bon père de famille, est responsable des fautes qui ne commettrait pas un administrateur diligent (art. 1374 C. civ.).

A l'aide de ces distinctions, nous croyons pouvoir aborder l'étude de notre sujet et donner, du principe sur lequel repose la responsabilité notoriale en matière de prêt hypothécaire, la formule suivante qui, à

défaut d'un texte formel et précis, résulte de la combinaison de plusieurs articles de la loi : *en dehors de la responsabilité professionnelle qu'il encourt à raison de l'exercice de ses fonctions pour la rédaction d'un acte de prêt hypothécaire, le notaire qui a reçu mission ou s'est chargé lui-même de faire, au nom d'un tiers, un placement de fonds sur hypothèque, doit être considéré comme le mandataire ou le gérant d'affaires du prêteur, et, comme tel, soumis à la responsabilité générale qui dérive des règles du mandat et de la gestion d'affaires.*

C'est le résumé du travail que nous avons entrepris. Il nous faut maintenant développer cette théorie, classer et parcourir les causes de responsabilité et, pénétrant dans le domaine de la procédure, voir les règles de l'action qui est le complément indispensable du droit à la réparation. Nous répartirons les détails de notre sujet dans les divisions suivantes :

Chapitre I.— *De la responsabilité des notaires comme officiers publics.*

Chapitre II. — *De la responsabilité des notaires comme mandataires ou gérants d'affaires.*

Chapitre III. — *De l'action en responsabilité.*

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES COMME OFFICIERS PUBLICS

Principe sur lequel repose cette responsabilité

Un notaire est requis par deux personnes de donner l'authenticité à des conventions préalablement arrêtées entre elles, et relatives à un prêt garanti par une affectation hypothécaire : quelle sera la responsabilité du notaire qui rédige, en sa qualité d'officier public, cet acte de prêt hypothécaire ? Est-il uniquement responsable de son dol, de sa faute lourde et de l'inaccomplissement des conditions nécessaires à la régularité, à la validité et à l'authenticité d'un acte instrumentaire? (Art. 68 loi du 25 ventôse an XI.) Doit-il au contraire répondre de sa faute la plus légère, de son impéritie, de son imprudence? (Art. 1382, 1383. C. civ.) Est-il passible d'une condamnation à des dommages-intérêts pour défaut de solidité d'un placement réalisé sur ses conseils, d'ailleurs donnés de bonne foi au prêteur? Est-il tenu en outre de veiller à l'accomplissement des formalités postérieures à l'aide de son ministère et destinées, non pas à donner à cet acte sa perfection, mais à assurer l'efficacité des droits de la partie intéressée ?

Autant de problèmes dont la solution dépend du principe général sur lequel repose la responsabilité

des notaires en tant qu'officiers publics. Or la législation moderne ne s'est pas occupée explicitement de la responsabilité des notaires : les auteurs sont loin d'être d'accord sur son étendue et la jurisprudence est fort divergente sur ce point. L'article 68 de la loi de ventôse, après avoir dit que toute contravention aux dispositions qu'il rappelle aurait pour effet d'annuler l'acte, ou du moins de lui faire perdre le caractère d'authenticité, ajoute sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. Ce texte spécial, et en apparence exceptionnel, est-il l'unique source de la responsabilité des notaires? A-t-il rendu inapplicables en cette matière les règles du droit commun posées dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Nous examinerons succinctement les divers systèmes qui ont été proposés à ce sujet.

Premier système. — Suivant certains auteurs, la responsabilité des notaires est réglée par des lois spéciales à ces officiers ministériels ; depuis comme avant la promulgation du Code civil, ces lois sont les seules qui régissent là matière en vertu de l'adage « *Specialia generalibus derogant* ». La responsabilité des notaires n'est pas absolue comme elle le serait en vertu de l'article 1382 ; elle est, au contraire, limitée rigoureusement par la loi de ventôse, qui, s'inspirant de l'ancien droit, se borne à reproduire les cas de responsabilité relevés dans les coutumes, les édits et les arrêts de règlement : le législateur nouveau a voulu respecter la tradition, et, préoccupé

des besoins qui sont de tous les temps, il a pensé que ce qui avait suffi aux exigences du passé suffirait aux exigences de l'avenir (P. Pont, *Revue critique*, T. VII, année 1855, p. 54). Par suite, en dehors des cas d'infractions aux prescriptions faites à peine de dommages-intérêts, le notaire n'est pas responsable pour nullité de ses actes, à moins qu'il n'y ait de sa part dol ou faute lourde,

Les mots « s'il y a lieu » de l'art. 68 de la loi de ventôse, en laissant aux tribunaux une certaine latitude d'appréciation, n'ont en vue que la fraude et le dol du notaire et aussi la faute lourde qui est, en droit, comparée au dol, dit Ferrière (*Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *notaire*, p. 255). Cette interprétation restreinte de droit étroit résulte clairement de tous les travaux préparatoires de la loi : exposé des motifs, discours, rapports au Tribunat ou au Corps législatif, tous ces documents prouvent, dit-on, que la loi de ventôse prononce d'après les anciens principes.

La responsabilité notariale est donc strictement professionnelle, c'est-à-dire exclusivement limitée aux dispositions qui régissent la réception des actes et contrats, aux conditions extrinsèques de validité de ces mêmes actes et enfin aux cas susénoncés de droit commun : fraude, dol, impéritie grave (Langlais, Dissertation reproduite dans le *Répertoire de Defrénois*, année 1882, II, 129.)

Quant aux articles 1382, 1383 du Code civil, qui réglementent la responsabilité générale résultant des délits et quasi-délits, ils ont eu en vue les rapports

des citoyens entre eux, et ils supposent la violation de l'un de ces devoirs généraux qui existent au profit de toutes personnes ; ils ne peuvent être pris pour règle vis-à-vis du notaire qui, en instrumentant, accomplit une obligation spéciale de sa fonction publique : ils doivent s'appliquer seulement aux dommages purement matériels et nullement à ceux résultant des travaux de l'intelligence et de la pensée ; ils n'ajoutent rien au sens tout spécial de ces mots responsabilité notariale. Tel était le sentiment des premiers interprètes du Code, qui en étaient presque les auteurs ; ils n'attribuent aux notaires qu'une responsabilité professionnelle de « simples bailleurs d'authenticité ». (Rolland de Villargues, v° *Respons.*, n° 78. — Pagès, *De la responsabilité des notaires*, p. 101 et suiv.)

Cette doctrine, longtemps admise par la jurisprudence, est aujourd'hui généralement abandonnée dans les décisions judiciaires.

Quant à l'ancien droit, sans doute il se prononçait en règle générale pour la responsabilité restreinte au cas de dol ou de faute grave. (Ferrière, *Parfait notaire*, L. 1, chap. 17. — Denizard, v° *Nullité*, n°s 32 et 33. — Bretonnier, *Sur Henrys*, Livr. 2, chap. 4, quest. 27.) Mais, parmi les auteurs qui soutenaient cette opinion, plusieurs éprouvaient déjà des scrupules et formulaient certaines réserves. « Cette impunité, disait Brillon, ne fait pas le bien et la sûreté des contractants, aussi la décision n'est pas telle qu'il n'y ait des circonstances à examiner et des distinctions à faire (Brillon, v° *Notaire*).

Soutenir que la responsabilité notariale est exclusivement soumise à l'application de l'article 68, c'est une exagération inadmissible. Cet article n'a pas eu pour but de limiter et ne limite certainement pas la responsabilité notariale aux cas de nullité qu'il prévoit. En effet, divers textes, parmi ceux qui fixent les obligations professionnelles du notaire, ne sanctionnent pas leurs prescriptions par des dommages-intérêts ; or, peut-on admettre que le notaire n'est pas tenu à des réparations civiles, s'il cause un préjudice par un refus injuste et inexcusable de prêter son ministère ou par le défaut de constatation de l'individualité des parties contractantes ? (Art. 3 et 11, loi du 25 ventôse an XI. — Demolombe, *Obligations*, T. 31, p. 456.)

Deuxième système. — D'autres auteurs ont soutenu que les articles 1382 et 1383 du Code civil ont abrogé l'article 68 de la loi de ventôse, par application de la maxime « *Posteriora prioribus derogant* », et que, dès lors, la responsabilité des notaires, réglée uniquement par le Code civil, s'étendait à leurs fautes, même les plus légères.

Les expressions « s'il y a lieu » indiquent seulement, d'après cette opinion, que le notaire ne peut être déclaré responsable que s'il a occasionné un dommage ; mais, entendus de cette manière, ces mots n'expriment qu'une idée banale, indigne d'un législateur : car, évidemment, celui qui n'a pas causé de préjudice ne saurait être condamné à une réparation.

Soutenir que les articles 1382, 1383 du Code civil

ont aboli l'article 68 de la loi de ventôse, c'est oublier qu'une loi générale n'abroge pas par elle-même et sans disposition précise une loi spéciale. L'art. 1382, bien que promulgué avec le Code civil postérieurement à l'article 68 de la loi de ventôse, n'a pas dérogé à ce dernier article. La Cour de cassation l'affirme positivement dans son arrêt du 27 novembre 1837, ainsi conçu : « Qu'il résulte de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, que les notaires ne sont pas de plein droit et d'une manière absolue responsables des nullités ayant pour cause les omissions ou irrégularités qu'ils commettent lors de la rédaction de leurs actes ; Que cet article, en effet, ne les assujétit à des dommages-intérêts que s'il y a lieu. D'où il suit que la déclaration de nullité d'un acte n'entraîne pas nécessairement la responsabilité du notaire qui a fait cette nullité. — Que les articles 1382 et 1383 du Code civil n'ont pas abrogé le droit spécial relatif au notariat et n'obligent pas les juges à rendre les notaires responsables, dans tous les cas, de la nullité de leurs actes. » (Cass., 27 novembre 1837, Blenet, S. 37, 1, 945.)

Quel est l'homme honorable qui oserait accepter les fonctions notariales, s'il devait craindre de s'exposer à une responsabilité sans bornes, par suite d'un oubli, d'une négligence quelconque ? Un pareil système, s'il venait à prévaloir, écarterait du notariat ceux qui présentent le plus de garanties.

Troisième système. — Le notaire, dit-on, est le mandataire légal des parties et, comme tel, soumis

à une responsabilité absolue, non seulement à raison de ses fonctions, mais encore pour des faits étrangers à ses fonctions. Il est fonctionnaire public, il doit connaître les lois, et ses devoirs professionnels lui prescrivent de diriger ses clients dans toutes leurs affaires et dans toutes les opérations qu'ils lui confient : « Is qui profitetur artem profiteri quoque peritiam censetur. » C'est ainsi que les notaires doivent, non seulement remplir les formalités prescrites par les lois pour la régularité des actes instrumentaires, mais ils sont encore obligés de veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties. (Cour de Paris, 13 juin 1854. — Troplong, *Du mandat*, n° 217. — Merlin, *Rép.*, v° *Notaire*, § 6, n° 4.—Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, n° 1482.)

Les partisans de cette doctrine, et entre autres M. Troplong, ont invoqué un arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 1812 (D., 12, 1, 216), dans lequel on relève ce considérant : « Que les notaires sont des mandataires. » Mais cette proposition est naturellement limitée par l'ordre d'idées où s'agitait le débat sur lequel la Cour a statué. Dans l'espèce, un notaire qui ne pouvait obtenir à l'amiable le paiement de ses honoraires, pour un travail de liquidation de succession fait par lui avec le consentement de tous les ayant droit et dans leur intérêt commun, avait obtenu un jugement, en date du 12 janvier 1809, condamnant solidairement chacun des héritiers. La Cour de Paris, sur l'appel interjeté par ceux-ci, avait, le 12 juillet suivant, infirmé ce jugement du chef de

la solidarité : tout en reconnaissant les faits établis par le jugement de première instance, elle ordonna qu'il sortirait effet contre chaque héritier, mais seulement pour la part qu'il recueillait dans la succession. Mais, le notaire s'étant pourvu en cassation, l'arrêt a été cassé pour violation de l'article 2002 du Code civil. « Dans leur différend, les parties avaient cru devoir, l'une pour soutenir, l'autre pour combattre la solidarité, seule en question au procès, qualifier la convention ou l'accord intervenu entre elles et caractériser cet accord en le rattachant, ceux-ci au contrat de louage d'ouvrage, celui-là au contrat de mandat. Et, la discussion posée dans ces termes, la Cour de cassation, sans s'occuper de préciser les caractères distinctifs, soit du louage, soit du mandat, opte pour le dernier parti : elle n'admet pas que les notaires puissent être assimilés à des locateurs d'ouvrage ; elle tient que c'est plutôt au mandataire que le notaire doit être comparé, et c'est par là qu'elle est conduite à décider que le notaire dont plusieurs parties ont requis ensemble le ministère en vue d'un acte à faire dans un intérêt commun, peut prétendre à la solidarité par voie d'analogie et par induction de l'article 2002 du Code civil ; en sorte que l'idée de mandat apparaît là secondairement, non comme l'expression d'un principe..... il y a là une règle propre au mandat, qui reçoit application à titre d'analogie. L'arrêt n'a pas évidemment d'autre portée. C'est si vrai que, de tous les arrêtistes qui rapportent la décision, pas un ne la présente dans sa notice résumée comme ayant jugé que les notaires sont réellement

des mandataires : ils formulent, comme résultant de l'arrêt, l'idée que, dans le cas donné, tous les cohéritiers sont tenus solidairement envers le notaire du paiement des honoraires, ajoutant, pour préciser davantage et montrer qu'il y a là simplement une analogie, qu'il en est de ce cas comme de celui où plusieurs ont promis un salaire au mandataire élu par eux conjointement (P. Pont, *Petits contrats*, T. 1, n° 825).

Que le notaire, comme homme privé, pour des raisons dont il est seul juge, se charge d'un mandat exprès ou tacite ou d'une gestion d'affaires, dût ce mandat aboutir à des actes que le mandataire lui-même dressera en sa qualité distincte d'officier public, là il se trouve bien sur le terrain légal et connu du mandat conventionnel, dont les conséquences sont prévues et incontestables.

Mais le mandat légal, cette prétendue et inévitable obligation pour le notaire d'être le mandataire désintéressé de toutes les parties qui réclament son ministère, de les éclairer dans leurs affaires, de leur en faire bien prévoir toutes les conséquences possibles, de ne jamais faillir dans l'application et même dans l'interprétation de la loi, d'être, en un mot, à tous les instants de sa laborieuse carrière, praticien consommé et jurisconsulte éclairé, conseiller prudent et tuteur de ses clients, gérant responsable de leur fortune et garant de leurs mécomptes, n'est-ce pas là une présomption inique ?

L'idée que le notaire serait le mandataire légal des parties pour recevoir leurs dispositions et constater

leurs conventions est, à tous égards et à tous points de vue, contraire à la vérité juridique ; et l'arrêt précité qui, en les déclarant mandataires, voulait les venger, suivant l'expression de M. Troplong, de l'injustice qu'on leur faisait en les comparant à des *locatores operarum*, avait un moyen plus simple, plus vrai, et aussi plus certain, d'arriver au résultat cherché : c'était de laisser au notaire le caractère et la qualité qui lui appartiennent en réalité.

Or le notaire n'est pas plus mandataire que *locator operarum*. Il n'est pas permis d'en douter devant la définition que le législateur place en tête de la loi organique du notariat (Art. 1, Loi du 25 ventôse an XI). Les notaires sont des fonctionnaires publics, et cette qualification, donnée par la loi aux notaires, paraît pleinement justifiée par cet article qui leur reconnaît le droit de donner aux actes de leur ministère le caractère authentique attaché aux actes de l'autorité publique, par l'article 19 aux termes duquel leurs actes font foi en justice et sont exécutoires dans toute l'étendue de la République ; par l'article 25, qui leur ordonne d'intituler et de terminer leurs grosses dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux. Dès que le notaire, en instrumentant, accomplit uniquement un acte de sa fonction publique, sa situation est nettement définie et déterminée. On dira, si l'on veut, qu'il est en cela le mandataire de la loi ou de l'autorité souveraine dont il est le délégué ; mais assurément il serait inexact d'affirmer qu'il est le mandataire légal des parties dont il reçoit et constate les conventions.

La nature même des choses y résiste invinciblement. Le mandat suppose l'absence du mandant et l'intervention d'une personne agissant et stipulant pour lui et en son nom. Or, dans l'acte notarié, la partie comparaît soit par elle-même, soit par un fondé de pouvoirs. Quant au notaire, sans doute, il est présent à l'acte, puisque c'est devant lui que les parties comparaissent, mais il agit non pas en qualité de mandataire, mais à un autre titre, comme officier public pour donner l'authenticité aux conventions des parties ; il ne fait rien en leur nom, cela ne lui est pas permis : c'est même pour cela que la jurisprudence annule les actes dans lesquels le notaire paraît stipuler pour le créancier absent (Cass. 11 juillet 1859. D. 1859, 1., 401).

Ce n'est donc pas aux règles du mandat qu'il faut demander le principe de la responsabilité du notaire en tant qu'officier public.

Quatrième système. — M. Laurent professe une autre doctrine. Il reconnaît, ainsi que nous l'établirons bientôt, que le principe de la responsabilité notariale se trouve dans l'article 68 de la loi de ventôse, et que cet article, n'étant pas limitatif, se réfère au droit commun pour les cas non spécialement prévus. Mais, pour l'éminent auteur belge, le droit commun applicable en cette circonstance n'est pas dans les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, mais, bien contrairement à l'opinion générale, dans l'article 1137 du même Code. Le notaire est responsable, non pas par suite d'un quasi-délit, mais en

vertu d'un engagement contractuel intervenu entre les parties et tout officier ministériel qu'elles chargent d'instrumenter pour elles : ainsi donc les notaires répondent de l'inexécution des obligations qu'ils contractent envers leurs clients en leur prêtant leur ministère ; c'est la faute dont tout débiteur est tenu, la faute que nous avons désignée sous le nom de « culpa levis in abstracto » (Laurent, *Principes de droit civil*. T. XX, n° 507 et suivants).

Cette théorie est avantageuse aux notaires ; car tous les auteurs reconnaissent que la responsabilité contractuelle, régie par les articles 1137 du Code civil, est moins lourde que celle dérivant des articles 1382 et 1383 du même Code, qui soumettent l'auteur de la faute, quelque légère qu'elle soit, à l'obligation de réparer le dommage causé. Mais cette distinction, d'ailleurs fort juridique, n'aura-t-elle pas plus d'importance en théorie qu'en pratique ? car c'est toujours le juge du fait qui décide s'il y a faute ou non. Puis elle ne serait pas applicable dans tous les cas, en matière de testament, par exemple, la responsabilité vis-à-vis du légataire ne saurait être contractuelle, puisqu'il n'y a pas eu de rapports entre le notaire et le légataire ; et dans l'espèce il y aurait ceci d'étrange et d'injuste que la responsabilité sera plus étroite vis-à-vis d'un tiers qu'elle ne le serait vis-à-vis d'un client, même partie à l'acte (Lefebvre, *Journal du notariat*, n° du 29 septembre 1877).

Cinquième système. — La responsabilité notariale est soumise en même temps à la loi générale des arti-

cles 1382 et 1383 et à la règle spéciale de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, avec cette restriction que les juges ont, dans tous les cas, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur la demande en dommages-intérêts. (*Sic :* Demolombe, t. 31, p. 456. — Vergé, *Responsabilité des not.*, n° 6. — Walquenart, *De la Respons. civile des not.*, p. 98. — Eloy, *Resp. des not.*, t. I, n° 14. — Arnault, *Lectures sur le notariat français à l'Académie de législation de Toulouse,* dans le Recueil 1879, chap. IV, p. 65 à 121. — Rutgeerts et Amiaud, *Commentaire de la loi du 25 ventôse an XI*, n° 1313.)

Incontestablement, c'est l'article 68 de la loi de ventôse qui donne la règle fondamentale de la responsabilité des notaires, en ce sens que les nullités dans les actes n'entraînent pas nécessairement la responsabilité du notaire qui a instrumenté, et qu'elles ne donnent ouverture à l'action en dommages-intérêts que s'il y a lieu, c'est-à-dire s'il y a de la part du notaire une faute de nature à engager sa responsabilité. Par les mots « s'il y a lieu », le législateur a entendu que le tribunal aurait une latitude d'appréciation. C'est en effet le sens reconnu des expressions similaires dans d'autres textes de loi (art. 71, 132, 1,031, C. de procédure civile), et l'interprétation que leur a donnée la Cour de cassation dans un arrêt récent : « Attendu, dit la Cour, qu'il résulte de l'article 68 de la loi du 25 ventôse que les notaires ne sont pas, de plein droit et d'une manière absolue, responsables des nullités ayant pour cause les omissions ou irrégularités qu'ils commettent dans la rédaction de

leurs actes ; que ces articles, en effet, ne les assujettissent à des dommages-intérêts que s'il y a lieu ; d'où il suit que la déclaration de nullité n'entraîne pas nécessairement la responsabilité du notaire qui a fait cette nullité ; qu'en cette matière les dommages-intérêts et leur quotité dépendent de la nature et de la gravité de l'omission ou de l'irrégularité reprochées au notaire et sont subordonnés à l'appréciation équitable des tribunaux (Cass., 19 mai 1885, D., 1885, 1, 345).

Le juge ne doit prononcer une condamnation à des dommages-intérêts contre le notaire, que si la faute commise lui paraît assez grave pour motiver une réparation totale ou partielle du préjudice causé; il pourrait même l'exonérer complètement si la faute était à ses yeux excusable. La responsabilité édictée par l'article 68 est donc une responsabilité « s'il y a lieu », c'est-à-dire restreinte et subordonnée à l'appréciation du juge.

Mais, comme nous l'avons remarqué, cet article ne prévoit pas tous les cas où les notaires peuvent être déclarés responsables: il n'est pas limitatif. En effet, la responsabilité des notaires est encore prononcée par les articles 16 et 18 de la même loi, les articles 68 à 176 du Code de commerce ; parfois aussi les tribunaux ont le droit incontestable de condamner les notaires à payer des dommages-interêts, même en l'absence d'un texte formel, par exemple pour défaut de constatation de l'individualité des parties dans un acte, pour refus par un notaire de prêter son ministère. Dans toutes ces hypothèses, et en général en de-

hors des cas prévus par la loi de ventôse, les notaires sont soumis à la règle générale écrite dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Car cette règle absolue du droit commun n'est étrangère à aucune matière, quelque spéciale qu'elle puisse être ; mais, si ces articles peuvent suppléer au silence des prescriptions notariales, c'est à la condition qu'ils devront se fondre avec les dispositions de la loi de ventôse pour former ainsi la responsabilité professionnelle des notaires, considérés comme officiers publics en ce qui concerne les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Ici, comme dans le cas de nullité des actes, les juges ne doivent allouer des dommages-intérêts que s'il y a lieu et selon l'exigence des cas.

Toutes les fois qu'un notaire, agissant dans l'exercice de ses fonctions, a causé un dommage à autrui par son fait, son imprudence ou sa négligence, les juges auront, pour le déclarer responsable, un pouvoir d'appréciation souveraine qui leur permet d'atténuer ou même de refuser les dommages-intérêts, s'il y a lieu, et suivant les circonstances de chaque espèce. Ce tempérament est équitable; car, appelés par la nature de leurs fonctions à intervenir à chaque instant dans les affaires privées, les notaires verraient leur existence sans cesse compromise, s'ils devaient être déclarés responsables sans limites du préjudice que les actes passés devant eux pourraient causer à l'une ou à l'autre des parties. Un oubli, une négligence n'excluent pas la bonne foi, et ne doivent pas ravir inévitablement au notaire son honneur et

ses biens. C'est aux magistrats qu'il appartient de maintenir la responsabilité notariale dans de justes limites: ils doivent se garder également d'une sévérité exagérée qui aurait pour résultat d'enlever aux citoyens leurs garanties les plus précieuses, en détournant du notariat les hommes les plus capables, et d'une faiblesse trop grande qui les empêcherait de sévir contre l'officier public dont la négligence ou l'impéritie auraient compromis les intérêts qui lui étaient confiés.

D'ailleurs, il n'y a pas à distinguer si le préjudice causé par le notaire provient d'un dol d'une faute lourde, de la négligence ou de l'impéritie. L'ignorance des règles de sa profession, une inadvertance suffit pour le rendre passible de dommages-intérêts. Le notaire, dans son rôle d'officier public, est dans le cercle de ses attributions propres, il doit connaître et remplir toutes ses obligations, «Is qui profitetur artem, peritiam quoque profitetur». Telle est la doctrine depuis longtemps formulée par la Cour de Nancy et confirmée le 27 mars 1839 par la Cour de cassation. « Condérant, dit la Cour de Nancy, que, aux termes de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires sont responsables des nullités qu'ils commettent dans les actes qu'ils reçoivent et passibles, s'il y a lieu, de dommages-intérêts envers les parties qui supportent une perte par suite de ces nullités; — Que les tribunaux ont un pouvoir appréciateur qui les autorise à excuser les notaires, à étendre ou à restreindre la quotité des dommages-intérêts dus.....

Que peu importe que la nullité soit le résultat du dol, de l'impéritie ou de la négligence » (Cass., 27 mars 1839 ; D. P., 39, 1, 112).

De même, un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 juillet 1878 s'exprime ainsi : « Attendu que la loi du 25 ventôse an XI, en déclarant les notaires responsables en cas d'omission, dans un acte authentique de quelque formalité essentielle, ne les a pas affranchis de la responsabilité dérivant des règles du droit commun et notamment des art. 1382,1383 du Code civil, lorsque, par une imprudence, ils compromettent les intérêts de leurs clients ; attendu que c'est pour imprudence souverainement constatée... (Cass. req., 2 juillet 1878., *Revue du notariat*, n° 5708).

Cette doctrine a été maintes fois consacrée par la Cour de Cassation, et elle paraît définitivement établie. (Cass., 5 février 1872 ; D., 1872, 1, 386. — Cass., 17 juillet 1872 ; S., 1872, 1, 388. — Cass., 14 avril 1886., *Rev. not.*, n° 7355.)

C'est ce dernier système que nous croyons devoir admettre, avec la jurisprudence, en matière de responsabilité notariale proprement dite, c'est-à-dire celle qui peut atteindre le notaire en sa qualité de notaire et à raison de ses fonctions. Toutefois, nous ne pouvons nous dissimuler qu'il n'y a pas de sujet où l'existence des principes et leurs applications soient plus contestées. « Tous les exemples que l'on peut citer, dit M. Arnault (*op. cit.* p. 96), prouvent jusqu'à l'évidence que les questions de responsabilité professionnelle des notaires, en dehors de la nullité des actes sont devenues de simples

questions de fait ; et presque tous les arrêts sont des arrêts d'espèces : il est dès lors acquis que la responsabilité notariale est absolument abandonnée aux lumières et à l'appréciation des juges, et qu'aucune règle générale et précise ne domine la matière pour servir de guide soit aux notaires, soit aux juges. »

Telle est la doctrine dont nous devons suivre les applications en matière de placements hypothécaires, et dans l'hypothèse où nous nous sommes placés, celle d'un notaire qui, sans sortir de son rôle d'officier public, instrumente sur la réquisition des parties pour donner l'authenticité à des conventions préalablement arrêtées entre elles.

Or les notaires sont des fonctionnaires publics soumis à ce titre à des obligations spéciales qui engagent leur responsabilité, même en dehors des cas de nullité des actes passés devant eux. Nous devons donc examiner comment le notaire, rédacteur d'un acte de prêt hypothécaire, peut être déclaré responsable à raison de la nullité de cet acte ou pour inaccomplissement de ses devoirs professionnels.

SECTION PREMIÈRE

Responsabilité à raison de la nullité de l'acte

Les nullités ou irrégularités commises par le notaire dans l'acte authentique et susceptibles de causer un préjudice aux parties sont de deux sortes : les

nullités extrinsèques ou de forme et les nullités intrinsèques ou de fond.

§ 1er.

NULLITÉS EXTRINSÈQUES OU DE FORME

Que le notaire puisse être déclaré responsable de la nullité d'un acte affecté d'un vice de forme, cela ne peut être contesté en présence de l'article 68 de la loi de ventôse : le notaire serait inexcusable, soit d'ignorer les formalités instrumentaires des actes que, par sa fonction, il est appelé à dresser, soit d'en omettre l'observation par distraction ou inattention (Demolombe, T. 31, n° 532). Mais il ne faut pas oublier que cette responsabilité n'est prononcée que s'il y a lieu.

En général, la nullité d'un acte n'entraîne pas de plein droit la responsabilité du notaire rédacteur : c'est au juge qu'il appartient de statuer sur l'opportunité d'une réparation ; mais la condamnation aux dommages-intérêts sera presque inévitable quand l'irrégularité, en supprimant l'affectation hypothécaire, enlève au créancier la garantie du remboursement.

L'acte authentique, ainsi annulé pour vices de forme, ne saurait valoir comme écrit sous seings privés, quant à la constitution des garanties hypothécaires, fût-il revêtu de la signature de toutes les parties. Car, aux termes de l'article 2127, C. civ., l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique.

Le notaire est responsable en tant qu'officier public de l'inaccomplissement des conditions qui engendrent la régularité, la validité et l'authenticité de l'acte instrumentaire. Il n'entre pas dans le cadre de notre sujet spécial de parcourir ici toutes les formalités prescrites aux notaires et les garanties dont la loi de ventôse entoure la rédaction des actes notariés : nous nous bornerons à envisager quelques hypothèses spéciales à notre matière.

Parmi les prescriptions faites au notaire par la loi organique, à peine de nullité des actes et de responsabilité, figure l'article 8, ainsi conçu : « Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. »

Par application de cet article, la Cour de Rennes a prononcé la nullité d'un acte de prêt hypothécaire reçu par un notaire en l'absence du prêteur, parce que l'acte contenant affectation hypothécaire de la part de l'emprunteur avec stipulation que le remboursement du capital et le paiement des intérêts auront lieu en l'étude du notaire rédacteur, est un acte bilatéral pour la validité duquel la présence du prêteur est nécessaire, et que, dans le cas où cet acte est passé en l'absence du prêteur, le notaire doit, à raison des stipulations qu'il renferme, être réputé avoir agi comme mandataire ou *negotiorum gestor* à l'effet d'accepter, qualité qu'il ne pouvait cumuler avec celle de notaire rédacteur ; par suite, l'acte étant dépourvu

d'authenticité, la constitution d'hypothèque est nulle (Rennes, 7 décembre 1866., *Rev. not.*, n° 1910).

Bien que cette décision ait été l'objet de vives critiques, parce qu'elle était contraire à une pratique aujourd'hui disparue, elle nous paraît juridiquement irréprochable. Il est incontestable qu'en principe le prêt de consommation, et en particulier le prêt d'une somme d'argent, est un contrat unilatéral ; car il n'engendre, à proprement parler, qu'une seule obligation, celle qui incombe à l'emprunteur de restituer la somme prêtée au terme convenu. (Pothier, n°s 20 à 51. — Troplong, *du prêt*, n° 198. — Larombière, *oblig.*, T. 1, art. 1102, n° 2 ; T. IV, art. 1325, n° 12. — Pont, *petits contrats*, n° 170.) Mais, il n'est pas moins certain que si, au lieu d'un prêt pur et simple, le contrat renferme des stipulations dictées dans l'intérêt commun des parties, il constitue un véritable contrat synallagmatique : la jurisprudence en offre de nombreux exemples, et notamment un arrêt de la Cour de Grenoble du 8 juillet 1858.

Or, ne sont-elles pas communes au prêteur et à l'emprunteur, les stipulations relatives au mode de remboursement du capital et de paiement des intérêts, ainsi qu'aux garanties de ce remboursement et de ce paiement ?

L'affectation hypothécaire consentie par l'emprunteur n'est pas absolument unilatérale : elle a besoin d'être acceptée. Les plus graves autorités décident, en effet, que la constitution d'hypothèque n'a d'effet qu'après l'acceptation du créancier en reconnaissant

que cette acceptation peut avoir lieu en dehors de l'acte par lequel l'hypothèque est constituée et que cet acte peut ainsi devenir unilatéral (Cass., 5 août 1839, Pont, *privilèges et hypothèques*, n° 659). D'après cette interprétation rationnelle, l'acte de constitution d'hypothèque est synallagmatique, lorsque l'acceptation du créancier, au lieu d'intervenir postérieurement et par acte distinct, s'y trouve renfermée. En faut-il davantage pour établir que le contrat de prêt avec affectation hypothécaire acceptée est lui-même synallagmatique ?

Si maintenant on suppose que, l'acte ayant été passé en l'absence du prêteur, le notaire rédacteur s'est substitué à celui-ci pour l'acceptation des engagements de l'emprunteur, il est évident que cet officier public est devenu partie au contrat et que l'acte est par cela même privé de l'authenticité nécessaire pour la constitution d'hypothèque.

Mais on objecte que l'acceptation étant ici surabondante, puisque l'acte pourrait n'être qu'unilatéral, l'intervention du notaire ne doit point vicier la convention (Pont, *priv. et hypoth.* T. II, n° 659). Cette objection, toutefois, ne nous touche pas. Sans doute, le contrat pourrait n'être qu'unilatéral ; mais il peut aussi, nous l'avons vu, devenir synallagmatique par l'acceptation, qu'il contient, des engagements du débiteur de la part du créancier ; et on ne peut dire que cette acceptation soit superflue : car elle est au contraire indispensable, comme nous l'avons rappelé, pour donner effet à la constitution d'hypothèque. De ce qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait lieu dans

l'acte même où l'hypothèque est stipulée, il n'est pas permis de conclure que, si cependant elle y est renfermée, elle constitue une formalité inutile et dont l'irrégularité soit sans influence sur le contrat. (Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, T. III, p. 275, § 266. — Besançon, 17 juillet 1844, Sir., 1846, 2, 171. — Amiens, 9 avril 1856, Sir., 56, 2, 333.)

Si l'acceptation pure et simple du notaire enlève au contrat son efficacité, à plus forte raison produit-elle ce résultat lorsqu'elle est accompagnée de stipulations directement faites par le notaire au nom du créancier, comme dans l'espèce d'un arrêt de Limoges, où le notaire était intervenu pour prêter les deniers, ainsi que pour stipuler les termes de remboursement et le cours des intérêts. (Limoges, 11 Juillet 1854, Dev., 54, 2, 769). — C. Grenoble, 8 Juillet 1858, Dev., 60, 2, 188.)—De même lorsque le notaire déclare stipuler pour le prêteur et délivrer ses deniers (Cass. civ., 11 juillet 1859, Dev., 59, 1, 551).

Aussi les notaires, pour éviter la nullité qui engage leur responsabilité, exigent-ils la présence du prêteur ou d'un mandataire verbal dans les contrats de prêt qui ne renferment pas une simple reconnaissance de dette ou obligation, mais dans lesquels cette reconnaissance ou obligation est accompagnée de stipulations qui supposent l'intervention du prêteur.

La question que nous venons d'examiner en amène une autre très pratique qui se rattache au même ordre d'idées. Un clerc du notaire, rédacteur de l'acte d'obligation hypothécaire, peut-il accepter pour le prêteur absent en qualité de mandataire verbal ?

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse : l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI dispose que les notaires ne peuvent recevoir des actes où leurs parents au degré prohibé seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur ; mais les clercs ne sont pas compris dans cette énumération : l'affection, l'attachement ou la subordination qui peuvent exister entre eux et leur patron n'ont pas été considérés par le législateur comme une cause suffisante de prohibition. Les notaires peuvent donc recevoir des actes dans lesquels leurs clercs sont parties ou mandataires. (Dalloz A. v° *Notaire*, n° 410 — Rolland de Villargues, *Répert.* v° *Notaire*, n° 458. — Rutgeerts et Amiaud, *loc. cit.*, p. 277, n° 285). C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Lyon a décidé qu'un notaire pouvait valablement recevoir un acte dans lequel figuraient un ou plusieurs de ses clercs, soit comme parties intéressées, soit comme mandataires des parties intéressées ; que les clercs ne sont pas considérés de plein droit, en pareil cas, comme personnes interposées aux lieu et place du notaire, comme ses prête-noms, ce qui entraînerait la nullité de l'acte par application de l'article 8 de la loi de ventôse (C. Lyon, 11 février 1851 ; D., P., 52, 2, 136).

Dès lors, si le clerc agit en qualité de mandataire verbal, il semble qu'il n'y a plus qu'à faire l'application de l'article 1985 du Code civil, d'après lequel le mandat peut être donné verbalement ; toutefois la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des contrats ou des obligations convention-

nelles en général. Mais ici la qualité de mandataire verbal a été acceptée par l'emprunteur seul ; le prêteur seul pourrait la lui contester, et il n'y a pas apparence qu'il le fasse jamais. Donc le contrat est parfait.

La situation est très simple quand il s'agit d'un prêt négocié directement entre les parties et sans l'intermédiaire du notaire : deux personnes se présentent devant un notaire pour passer une obligation, l'une comme emprunteur et l'autre agissant comme mandataire verbal du prêteur et porteur des fonds, dont elle fera la délivrance en acceptant l'obligation. Le notaire, dans ce cas, est étranger à l'opération, et, le mandat étant suffisant, l'acte sera régulier en la forme. Dès lors, pas de responsabilité à la charge du notaire. Toutefois ce dernier agira sagement en faisant déclarer par les parties, dans un écrit particulier, que le prêt a été négocié directement entre elles ; car l'acceptation par un mandataire verbal, jointe à d'autres faits plus graves, peut parfois faire prononcer la responsabilité du notaire, ainsi que nous le verrons bientôt.

§ 2

Nullités intrinsèques ou de fond.

La règle générale, dit M. Demolombe, est que les notaires ne doivent pas être déclarés responsables des nullités qui tiennent au fond du droit. Quel que soit le caractère de l'acte, qu'il constitue une convention à titre onéreux ou une disposition à titre gratuit,

donation entre vifs ou testament, cet acte est avant tout l'œuvre des parties elles-mêmes : ce sont elles qui le font,et le rôle du notaire consiste seulement ou du moins principalement à le recevoir, c'est-à-dire à le rédiger. Les parties doivent savoir si la convention ou la disposition qu'elles veulent faire est conforme à la loi ; en cas de doute ou d'ignorance, qu'elles consultent un avocat ou se fassent assister d'un conseil.

Il serait d'ailleurs excessif d'exiger de ces officiers ministériels qu'ils décident,sous peine d'une responsabilité parfois redoutable, des questions controversées et litigieuses sur lesquelles la jurisprudence et la doctrine présentent souvent de grandes incertitudes....

Oh, sans doute il peut se rencontrer certaines nullités, même de droit, que le notaire serait impardonnable d'avoir commises, s'il les avait commises dans un de ces actes pour ainsi dire courants et toujours uniformes du notariat dont les formulaires indiquent exactement toutes les conditions et toutes les clauses (Demolombe, t. 31, p. 462).

C'est la doctrine enseignée par les anciens auteurs, qui d'ailleurs réservent toujours le cas de dol ou de fraude (Brillon, v° *notaire*, n°s 42 et 47. — Henrys, t. 1, p. 369, — Ferrière, *Parfait notaire*, L. 1., chap. 17); et, dans le droit moderne, Rolland de Villargues (V° *Responsabilité* n° 132) et Pagès sont du même avis. « Les nullités qui tiennent au fond du droit n'ont jamais été imputées aux notaires ; on les a considérées comme étant communes aux parties

qui n'ont dès lors aucun recours pour une faute qui leur est personnelle » (Pagès, *Resp. des not.*, p. 120).

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation absout positivement un notaire d'avoir passé un acte aux termes duquel une hypothèque était constituée sur tous les immeubles présents et à venir, dans les circonstances suivantes. A la suite d'un jugement rendu contre son mari, une femme cautionne la dette et affecte à la garantie du paiement tous ses immeubles présents et à venir *comme si ce jugement eût été rendu contre elle*. L'erreur du notaire consistait à penser que cet acte d'acquiescement devait rendre la femme partie au jugement, et soumettre ses biens à l'hypothèque judiciaire en résultant : « Attendu, dit la Cour, que l'arrêt attaqué a décidé que l'obligation morale (pour un notaire) de donner des conseils (aux parties contractantes), et de les éclairer sur l'efficacité d'un acte ne pouvait pas s'étendre jusqu'à rendre le notaire responsable d'une erreur qui, tenant au fond du droit et non à la régularité, de la forme, paraissait avoir été commune au rédacteur de l'acte et aux parties contractantes, lesquelles avaient à s'imputer d'ignorer une disposition de loi que chacun est censé connaître, rejette » (Cass., 22 décembre 1840. S. 40, 1, 39).

Mais, depuis un certain nombre d'années, la jurisprudence réagit en sens contraire : elle déclare formellement que les notaires sont responsables des nullités commises dans les actes reçus par eux, même quand ces nullités se rattachent au fond du

droit, à moins qu'elles ne résultent d'une erreur portant sur un point de droit controversé.

Cette doctrine est particulièrement consacrée dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 août 1869. En réponse à un moyen tiré de la fausse application des articles 1382, 1383 du Code civil et de la violation de l'article 68 de la Loi de ventôse, la Cour de cassation décide que le notaire qui, dans un acte de vente à réméré, a inséré la stipulation, en faveur du vendeur, de la faculté de réméré pour un temps excédant cinq ans, contrairement au texte de l'article 1660 du Code civil peut être déclaré responsable de la nullité de cette clause : « attendu que l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI n'est pas limitatif ; qu'aucune loi n'affranchit les notaires de toute responsabilité en cas de nullité se rattachant au fond du droit ; — Que, dans l'espèce, l'erreur de droit ne porte pas sur quelque point difficile et controversé. — Qu'il suffisait au notaire de jeter les yeux sur l'article 1660 pour reconnaître que le délai de réméré ne pouvait être stipulé pour plus de cinq ans. » (Cass. 17 août 1869 ; S. 1869, 1, 396. — Voir aussi Cass. 16 août 1865; *Rev. not*, n° 1477. — Toulouse, 9 juillet 1859 ; S., 15, 2, 407.— Cass, 2 déc. 1885, *Rev. not.* n° 7261.)

Il est impossible à la raison, dit Dalloz, d'admettre une complète impunité ; qu'on excuse l'erreur et même, dans certains cas, l'ignorance cela se conçoit ; mais comprend-on qu'un notaire puisse, sans en répondre, agir directement contre la loi ? (Dalloz. A. v° *Responsabilité* , n° 385.) Ne répugne-t-il pas à

leur dignité même que les notaires se constituent les agents passifs et silencieux des parties qui jugent convenables de s'adresser à eux ? Sans doute, les notaires sont obligés de prêter leur ministère dès qu'ils en sont requis, mais à la condition que les actes qu'on leur demande seront conformes à la loi ; il ne leur est pas permis de décliner toute responsabilité au sujet des actes illégaux et irréguliers quant au fond, parce que ces actes seraient revêtus de toutes les formes exigées par la loi.

Nulle part il n'est dit que le notaire n'aura pas à répondre de ces erreurs de droit ; sans doute, on ne saurait lui reprocher l'erreur qu'il peut commettre en donnant à telle ou telle question controversée une solution erronée ; ce serait l'obliger à prévoir l'avenir, et il est tout naturel qu'il partage l'incertitude des tribunaux et des auteurs; mais il n'en est plus de même quand il s'agit d'une jurisprudence généralement adoptée,

On objecte en vain que les parties ont commis une faute en choisissant un notaire ignorant, qu'elles devaient elles-mêmes connaître la loi. Le notaire n'a pas le droit d'être ignorant, au moins dans certaines limites ; la règle que nul n'est censé ignorer la loi est vraie *a fortiori* pour le notaire. Comme le dit M. Eloi (T. II, p. 49) ce serait ravaler la noble profession du notariat, faire du notaire le vil interprète des fantaisies, des erreurs d'autrui, lui permettre de spéculer sur l'ignorance publique, que d'accepter le principe d'une irresponsabilité absolue.

La jurisprudence, admettant ces raisons, applique

ici encore la règle générale que le dol et la faute lourde y assimilée ne sont pas nécessaires pour que le notaire soit responsable des nullités d'un acte résultant d'une erreur de droit : l'appréciation équitable des circonstances que les juges auront à faire, empêchera cette interprétation d'être trop rigoureuse pour le notaire.

C'est ainsi que le notaire est responsable pour avoir reçu un acte d'emprunt contracté, avec constitution d'hypothèque sur ses immeubles, par une femme mineure autorisée à faire le commerce, mais sans délibération conforme du conseil de famille ni l'autorisation du tribunal, lorsqu'il a employé les fonds provenant de cet emprunt à payer les créanciers du mari. (Art. 481, 483, 487 du Code civil. — Douai, 7 mars 1882; *J, des not.*, art. 22895.)

Un notaire est responsable de la nullité d'un acte de cession d'hypothèque légale pour lequel la cédante était représentée par un mandataire muni d'une procuration sous seing privé (Cass. req.,24 mai 1886, *Rev. not.* n° 7368).

« Attendu, dit l'arrêt, qu'aux termes de l'art. 2127 du Code civil, l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique ; que, suivant l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou renonciation doit également être faite par acte authentique.

« Attendu, il est vrai, qu'à une époque déjà reculée, une controverse avait été soulevée sur la question de savoir si le débiteur conférant des garanties

hypothécaires pouvait être représenté par un mandataire muni d'une procuration sous seing privé ; mais qu'en 1876, au moment de la rédaction de l'acte, cause du litige, plusieurs arrêts de la Cour de cassation, notamment les arrêts de la Chambre civile des 7 février 1854 et 12 novembre 1855, et l'arrêt de la Chambre des requêtes,du 19 janvier 1854, avaient jugé que le mandataire devait, à peine de nullité de l'acte, agir en vertu d'une procuration authentique ; que la controverse a perdu tout caractère sérieux à la suite de cette jurisprudence à laquelle la pratique du notariat s'est conformée, ainsi que le déclare l'arrêt attaqué. »

Il est aujourd'hui reconnu que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque et l'acte constitutif de l'hypothèque, sont intimement liés entre eux. Lorsque la loi dit que telle convention ne peut être passée que par acte fait en forme authentique, elle dit par cela même que c'est en cette forme que doit être manifesté le consentement de celui qui fait cette convention. Or, le contrat passé devant notaire, en vertu d'un mandat sous seing privé, ne manifeste pas à vrai dire, en la forme authentique, le consentement de la personne qu'on oblige, puisque ce consentement, qui constitue le contrat lui-même, n'a pas été constaté par l'officier public, et n'est écrit que dans un acte privé qui ne fait pas foi de ce qu'il renferme. En d'autres termes, et en spécialisant ceci, l'acte constitutif d'une hypothèque n'est pas seulement celui où le mandataire stipule au nom du mandant, c'est encore et surtout celui où le mandant dépose sa

volonté ; et, si l'authenticité ne couvrait pas également ces deux parties d'un même tout, le but de la loi ne serait pas atteint, puisque les parties intéressées pourraient méconnaître l'écriture et la signature du mandant, mettre son consentement en question et par cela même rendre incertain le droit hypothécaire que la constitution d'hypothèque a eu pour but de créer. C'est en se fondant sur ces considérations que la Cour de cassation applique la même solution à l'acte de subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, puisque l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, en exigeant l'authenticité pour un tel acte, a créé pour cet acte une situation analogue à celle dans laquelle la constitution d'hypothèque est placée par l'article 2127 du Code civil. (Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. I, n° 470. — Merlin, *Rep.*, v° *Hypoth.*, sect. 2, § 2, art. 10. — Grenier, t. I, n° 68.— Aubry et Rau, t. III, p. 274 et note 49.)

La jurisprudence était cependant restée longtemps en sens contraire ; c'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Toulouse a bien jugé en décidant : « qu'en 1847, en présence d'une doctrine qui enseignait généralement que l'hypothèque conventionnelle pouvait être consentie en vertu d'un mandat sous seing privé et d'une jurisprudence indécise sur ce point, on ne pouvait accuser le notaire instrumentaire d'avoir, dans un acte du 22 février 1837, commis une faute en se contentant d'un pareil mandat pour passer un acte de prêt hypothécaire (Toulouse, 9 juillet 1859, *J. pal.*, 1859, 782). Le notaire qui, en présence d'une difficulté, suit l'avis des jurisconsultes les plus autorisés

et s'en réfère aux précédents judiciaires, ne doit pas supporter seul la peine d'une erreur commune aux meilleurs interprètes de la loi. Ce serait inacceptable, et, dans ces conditions, l'exercice de la profession d'officier ministériel serait impraticable.

On peut citer dans le même sens un arrêt de la Cour de Montpellier du 7 février 1866 (*Rev. not.*, n° 1551), qui décide que la nullité d'une hypothèque conventionnelle, résultant de ce qu'elle a été consentie sur tous les biens, possédés par le débiteur dans certaines communes déterminées, sans désignation de la nature de ces biens n'engage pas la responsabilité du notaire rédacteur, alors qu'à l'époque de la réception de l'acte, la doctrine et la jurisprudence étaient incertaines sur le point de savoir si l'absence de cette désignation était ou non une cause de nullité.

La Cour de cassation a fait une application de cette règle, en approuvant un arrêt de la Cour de Montpellier, d'où il résulte que le notaire chargé seulement de recueillir et de constater les accords des parties, et de rédiger un acte de subrogation du prêteur par l'emprunteur dans le bénéfice d'un privilège de copartageant, ne saurait être déclaré responsable envers le prêteur, pour avoir cru que ce privilège avait été conservé par une inscription prise plus de 60 jours après le prononcé du jugement donnant acte à l'un des héritiers de l'option de conserver un immeuble de la succession, à charge de payer, une somme d'argent à ses cohéritiers, alors que ce jugement n'avait pas été acquiescé et n'était pas passé

en force de chose jugée, ni même signifié à partie. (Montpellier, 21 août 1881, *Rev. not.*, n° 6845). — Cass. req., 12 février 1883, *Rev. not.* n° 6845.)

L'article 2109 du Code civil exige que l'inscription pour la conservation du privilège du copartageant soit prise dans soixante jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation. Les termes de cet article ne sont pas très clairs, et ils ont fait naître, en doctrine et en jurisprudence, de nombreuses et graves difficultés.

On s'est demandé quel est l'acte dont la loi entend parler comme fixant le point de départ du délai. Il a fallu plusieurs arrêts de la Cour de cassation pour établir définitivement en jurisprudence que le délai visé par l'article 2109 a pour point de départ le jour de l'acte qui fait cesser l'indivision, et non celui de la liquidation définitive ou du jugement d'homologation : il y a même des arrêts en sens contraire. (Voir notamment d'une part: Cass. civ. req. 23, juillet 1839., Sir. 1839 1, 560.—Cass. req., 15 juin 1842, Sir., 42, 1, 631.— 17 novembre 1851, Sir., 52, 1, 49.—et d'autre part: Cass. req., 11 août 1830. Sir., 31, 163.)

Mais tous ces arrêts, bien que statuant sur des espèces qui offraient des analogies, n'avaient pas encore résolu la question de savoir si, lorsqu'il s'agit d'un jugement auquel les parties n'ont pas acquiescé, qui n'est pas passé en force de chose jugée et qui n'a pas même été signifié, le point de départ du délai est le jour de la prononciation du jugement, bien qu'il ne soit pas définitif.

Or, c'est la question que le notaire avait résolue

négativement ; on ne pouvait reprocher à un notaire, comme une faute lourde engageant sa responsabilité, le fait de s'être mépris sur une question qui n'avait dans la jurisprudence aucun précédent, et qui présentait de véritables difficultés. L'erreur de droit, dans l'espèce, n'était pas une de ces erreurs grossières, impardonnables, suivant l'expression de M. Demolombe. C'est pourquoi la Cour de cassation sur le moyen unique tiré de la violation de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ainsi que des articles 1382 et 1383 du Code civil a rendu l'arrêt suivant qui résume tout ce que nous avons dit jusqu'ici :

« Attendu que le notaire B., dont la bonne foi et l'honorabilité ont été reconnues, n'a eu d'autre mission en recevant l'acte de subrogation du 5 mai 1875, que de recueillir et de constater les accords des parties; qu'en rédigeant cet acte, il a eu la conviction que l'inscription prise plus de 60 jours après le jugement du 9 avril 1870, auquel il n'avait pas été acquiescé et qui n'était pas passé en force de chose jugée, ni même signifié à partie, avait pu conserver le privilège du copartageant dans le bénéfice duquel l'emprunteur a subrogé R. le prêteur, homme d'une expérience consommée en affaires et capable de veiller lui-même sur ses intérêts.

« Attendu, en droit, que, s'il est vrai que l'article 68 de la loi de ventôse an XI ne soit pas limitatif, et qu'aucune loi n'affranchisse les notaires de toute responsabilité en cas d'erreur portant sur le fond du droit, il faut néanmoins, pour qu'il en soit ainsi, que l'erreur de droit qui leur est reprochée ne porte pas

sur un point douteux et susceptible de controverse.

Attendu qu'en admettant que l'erreur du notaire B. ait existé au sujet d'une difficulté considérée comme sérieuse par les juges du fond, cette erreur serait excusable, et qu'en décidant, dans les circonstances ci-dessus rappelées, qu'il n'a commis aucune faute pouvant engager sa responsabilité envers R., l'arrêt attaqué n'a violé aucun des textes de loi précités.

Par ces motifs, rejette le pourvoi, etc...»

Mais, en dehors des cas de nullité de l'acte instrumentaire pour vices de forme ou de fond, un placement peut encore devenir inefficace par suite de l'insuffisance des garanties offertes et de l'inaccomplissement des formalités utiles à la conservation des droits du prêteur, le notaire, simple rédacteur de l'acte, sera-t-il encore responsable du préjudice subi par son client ? L'examen de ces diverses questions fait en partie l'objet de la section suivante.

SECTION II

Responsabilité du notaire pour inaccomplissement de ses devoirs professionnels

Appelés à donner l'authenticité à des conventions conformes à la loi, les notaires ne sont pas de simples rédacteurs d'actes, instruments passifs des volontés de leurs clients. Investis de la confiance de leurs concitoyens, ils les dirigent de leurs conseils et reçoivent les secrets les plus importants de leur existence. Avocat commun des parties, le notaire chargé de

constater un prêt hypothécaire doit les instruire avec le même zèle de leurs obligations et de leurs droits respectifs, leur faire connaître la portée juridique de leurs actes, la nature et l'étendue de leurs engagements, et indiquer au créancier les précautions qu'exige ordinairement un placement de cette nature. Mais jusqu'où doivent aller ces conseils? Dans quelle mesure peuvent-ils engager la responsabilité civile du notaire? Sa mission est-elle terminée après la rédaction de l'acte, ou bien est-il obligé de veiller lui-même à l'accomplissement des formalités postérieures destinées à assurer l'efficacité des droits du créancier? Étudions d'abord la responsabilité du notaire comme conseil des parties; nous verrons ensuite quel est son rôle à l'égard des formalités hypothécaires.

§ 1er

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE COMME CONSEIL

Les auteurs, en général, s'accordent à dire que le conseil donné par le notaire n'engage pas, en principe, sa responsabilité, mais qu'il en peut être autrement si le conseil a été accompagné d'assurances de réussite et d'exhortations qui ont rendu difficile, sinon impossible, la résistance de la partie à laquelle il s'adresse ; car, par sa position même et par l'habitude qu'il a des affaires, par les connaissances qu'il est présumé avoir, le notaire acquiert sur l'esprit de son client une influence telle, que celui-ci ne peut guère se défendre de la pensée de suivre le conseil que le

notaire lui donne avec tant d'insistance (Eloy, t. 1, n° 136 et suiv. ; t. II, n° 736 et suiv. — Vergé, n° 22 et suiv.). La doctrine distingue, d'ailleurs, suivant qu'il conseille comme rédacteur d'un acte instrumentaire ou en dehors de ses fonctions.

Quand il conseille en dehors de ses fonctions, le notaire donne un conseil purement officieux dont les suites, quelles qu'elles soient, ne sauraient jamais engager sa responsabilité notariale proprement dite ; c'est évident, puisque ce n'est pas comme officier public qu'il a conseillé: comment donc le notaire serait-il tenu et responsable ? Comme le serait toute autre personne de qui le conseil pourrait émaner également. Or, il est de principe, en droit, que le conseil ne doit pas être retourné d'une manière absolue contre celui qui l'a donné : le conseil n'engage la responsabilité que dans le cas où, étant donné par fraude ou de mauvaise foi, il est l'origine ou la cause d'un dommage imputable (Pont, *Revue critique*, 1855, t. VII, p. 61.— *Petits contrats*, n° 839.)

Suivant M. Demolombe, le simple conseil donné, bien entendu de bonne foi, n'engendre pas la responsabilité. « Nemo ex consilio obligatur », dit Justinien d'après Gaius (*Inst. de mand.*, § 6, L. III, t. XXVI). Et ce principe est tout à fait juridique : soit parce que celui qui se borne à donner un conseil n'a pas l'intention de s'obliger, soit parce que celui à qui le conseil est donné n'est pas tenu de le suivre ; c'est à lui de l'apprécier en toute liberté et de voir s'il lui convient ou non de s'y conformer. « Cum liberum « cuique sit apud se explorare an sibi expediat con-

« silium. » Et dans de telles conditions, il est clair que le simple conseil ne saurait engendrer d'obligation de la part de celui qui l'a donné, lors même que celui qui l'a reçu s'en serait mal trouvé (Demolombe, t. 31, n° 535).

Les notaires, en tant que simples conseils, ne sont donc pas responsables ; mais que décider quand ils sont en même temps rédacteurs des conventions des parties ?

Lorsque le conseil a trait à l'exercice même de la fonction notariale, c'est-à-dire à la rédaction des conventions que le notaire constate et auxquelles il donne l'authenticité, le rôle de rédacteur implique l'obligation et le devoir de diriger les parties : il en résulte que les conseils émanés du notaire, dans cet ordre de faits et d'idées, sont susceptibles d'engager sa responsabilité dans les termes de la loi de ventôse an XI. Le notaire est alors, en quelque sorte, le conseil légal des parties, en ce qui concerne la rédaction (Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 839).

De son côté, M. Demolombe, après avoir posé le principe, ajoute : « Mais il en pourrait être autrement dans le cas où le notaire, sortant du rôle de simple conseiller, aurait particulièrement insisté pour déterminer le client à faire l'acte,... surtout s'il avait accompagné son conseil d'assurances de réussite telles que, sans elles, la partie n'aurait pas consenti à le faire : il y a là des nuances délicates, mais très réelles, et qui peuvent être décisives ; les circonstances de chaque espèce sont à considérer avec soin, eu égard à la nature de l'opération qui a eu lieu, surtout eu

égard à la condition sociale des personnes, à leur éducation, à leur instruction ou à leur ignorance. »

En matière de placements de fonds, une hypothèse pratique est celle de savoir si le notaire doit révéler aux parties les droits et charges qui pèsent sur l'immeuble affecté à la sûreté du prêt. Ces droits peuvent appartenir au notaire ou à un tiers ; le notaire peut les connaître par les contrats passés antérieurement en son étude ou d'une autre manière. Quelle solution donner dans ces diverses circonstances ? La question est fort délicate : donner des conseils à l'un, c'est souvent, pour le notaire, trahir les secrets de l'autre. Faut-il faire prévaloir l'obligation d'éclairer les parties sur celle de garder le secret, lorsque ces deux obligations se trouvent en conflit ?

Beaucoup d'auteurs optent en faveur du prêteur et soutiennent avec raison, croyons-nous, que le notaire doit avant tout éclairer les parties. Sans doute la loi oblige le notaire à la discrétion, mais c'est dans l'intérêt des parties : où serait l'avantage si cette discrétion sur un contrat aboutissait à rendre dupes les contractants dans un acte postérieur ? De plus, y aurait-il rien de plus révoltant que de voir un notaire écrire dans un contrat de prêt que « l'immeuble affecté à la sûreté du placement est libre de toutes charges autres que celles mentionnées ci-dessus », alors qu'il n'a pas fait connaître au créancier une hypothèque consentie la veille, non encore inscrite, mais qui le sera à la hâte quelques heures plus tard.

On pourrait soutenir, en sens contraire, que c'est aux parties qui traitent entre elles à agir prudemment, à prendre des mesures suffisantes. Un certificat du conservateur des hypothèques édifiera complètement l'intéressé sur les charges qui grèvent l'immeuble. Le prêteur doit faire appel surtout à sa propre vigilance et aviser par lui-même à la conservation de ses droits et à la protection de ses intérêts. « Un homme qui traite avec un autre homme, a dit Portalis, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt; prendre des informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi n'est pas de nous dipenser de faire usage de notre propre raison. » (*Discours prélim. au C. civil*, Fenet, T. I, p. 514.)

Quel motif y a-t-il de croire que la loi ait voulu imposer au notaire une tutelle dont elle décline la charge pour elle-même? Le notaire devra donc rester dans son rôle, sans prendre part aux stipulations des parties, sans être obligé de leur faire aucune révélation, sauf à devenir responsable dans certaines circonstances pour défaut de renseignements, surtout si son intérêt personnel est en jeu, s'il a déterminé un prêt désavantageux à la partie et dont il devait profiter. Mais il ne devrait jamais répondre d'un conseil donné de bonne foi, eût-il d'ailleurs négligé de s'enquérir de la valeur du gage et d'éclairer le prêteur sur l'efficacité de la garantie hypothécaire.

La jurisprudence proteste à juste titre contre cette dernière doctrine, trop peu sévère à ses yeux;

mais elle tombe dans l'excès contraire en imposant aux notaires l'obligation d'éclairer les parties dans une mesure parfois trop étendue.

Dans un jugement du 13 mai 1857 (*J. pal.*, 1859, 1, 597), le tribunal de Soissons à défini ainsi qu'il suit la responsabilité du notaire appelé à consacrer par un acte de son ministère un placement sur hypothèque.

« Considérant, dit-il, que les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner un caractère d'authenticité aux actes qu'ils rédigent. — Que, dans son esprit et d'après ses motifs mêmes, la loi qui les institue a entendu leur conférer un rôle plus digne et plus élevé ; qu'elle les considère comme des conseils désintéressés des parties, aussi bien que comme des rédacteurs impartiaux de leurs volontés ; comme des régulateurs des engagements qu'elles veulent contracter, chargés de faire connaître toute l'étendue des obligations qui en dérivent et de les rédiger avec clarté : qu'ils remplissent une magistrature et donnent par leur caractère une sanction pratique à toutes les lois (Exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI et rapport au Tribunat sur la même loi). — Que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que les notaires ont le devoir d'éclairer les parties sur ce qui peut les intéresser dans les actes qu'elles passent devant eux, et de leur en faire comprendre la portée et les conséquences. — Que, dans cet ordre de devoirs, se rencontre, en première ligne, pour le notaire appelé à consacrer par un acte de son ministère un placement sur hypothèque,

l'obligation de vérifier, pour les constater exactement et complètement dans le contrat, l'établissement de la propriété de l'immeuble offert en gage, l'origine et les conditions de cette propriété entre les mains de l'emprunteur, l'importance des charges qui peuvent la grever, tant du chef de celui-ci que du chef des précédents propriétaires, et ce, d'après les documents propres à cette vérification, soit qu'ils aient été fournis par les parties, soit qu'il les ait trouvés, comme dans l'espèce, au nombre des archives dont le dépôt lui est confié. — Que cette obligation dérive de l'essence même des fonctions du notaire ; qu'elle est indépendante du mandat plus ou moins étendu que les parties ou l'une d'elles ont pu lui conférer pour la surveillance et la gestion de leurs intérêts ; qu'elle est particulièrement étroite lorsque les contractants sont dans l'ignorance complète des affaires, et que leur confiance en l'officier public est commandée par leur sexe et leur éducation, autant que par la loi elle-même, qui les oblige à s'adresser à lui. — Que, s'il en était autrement, que, si ces fonctions devaient se réduire à une pratique matérielle, au rôle de rédacteur passif des conventions dont il dresse l'instrument authentique, l'esprit de la loi organique du notariat serait faussé, les formules raisonnées que l'usage a introduites pour donner aux lois, suivant l'expression du tribun Favard, leur sanction pratique, ne seraient plus que des phrases vides de sens, impuissantes à éclairer les parties sur la portée de leur engagement ; et la solennelle entremise du notaire à la réception du contrat deviendrait un piège tendu à

la bonne foi des parties. D'où il suit que, si par l'inaccomplissement des devoirs professionnels ci-dessus définis (et par la rédaction vicieuse et incomplète d'un acte de son ministère), il a causé un préjudice, le notaire doit en être responsable, par application de ce principe général contenu en l'article 1382 du Code civil, que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

La partie juridique de ce jugement méritait d'être signalée, parce qu'elle contient l'exposé complet de la doctrine maintes fois consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Aussi, la Cour d'Amiens a-t-elle confirmé ce jugement dans son arrêt du 24 novembre 1857, et la Chambre des requêtes, en rejetant, le 3 août 1858, le pourvoi formé contre cet arrêt, a posé les principes suivants : (*J. Pal.*, 1859, 1, 599). « Si les notaires ne sont pas nécessairement responsables des conséquences que peuvent avoir pour leurs clients les actes auxquels ils prêtent leur ministère, et en particulier les placements faits par leur entremise, alors surtout qu'ils ne sont pas mandataires, il n'en est pas moins vrai que le notaire qui, par sa faute personnelle, a causé un préjudice à l'une des parties, est tenu de le réparer ; qu'aux tribunaux seuls appartient le droit d'apprécier les faits qui constituent la faute imputée au notaire. »

Dans l'espèce, le notaire, qui avait eu en main toutes les pièces nécessaires pour vérifier la situation hypothécaire de l'emprunteur, était en faute pour avoir passé un acte de prêt, aux termes duquel une hypo-

thèque était constituée sur un immeuble d'une valeur de 8,000 francs, déjà grevé d'inscriptions garantissant ensemble une somme de 26,500 francs, abstraction faite d'une hypothèque légale. Une faute aussi peu excusable, de la part d'un officier ministériel, devait engager sa responsabilité.

Ainsi donc, même en l'absence de tout mandat, la jurisprudence impose au notaire, comme conseil de ses clients, une responsabilité qui a sa source dans les articles 1382, 1383 du Code civil.

Il n'est peut être pas dans nos lois de principe plus fécond, de règle dont les applications soient plus nombreuses et plus variées. Tout préjudice, qu'il résulte d'une faute lourde ou de la négligence la plus légère, peut servir de base à une action en dommages-intérêts. Le magistrat chargé d'appliquer à chaque espèce le principe de la responsabilité, se trouve environné des difficultés les plus sérieuses : que d'appréciations délicates, quelle réserve dans cette part qu'il faut faire à la faiblesse humaine, aux circonstances de la faute, à l'intention plus ou moins perverse, au préjudice plus ou moins grave. La bonne foi du notaire devrait ici servir de guide : il serait équitable de restreindre, au cas de dol ou de faute grave, la responsabilité du notaire comme conseil des parties, et d'établir ainsi une différence entre le notaire qui n'a pas reçu de mandat de ses clients et celui qui, agissant en vertu d'un mandat, doit répondre de sa faute même légère. Telle est bien la tendance de plusieurs arrêts importants. (Cass. req., 16 août 1865, *J. pal.*, 1865, 1162.— Cass.req.,

10 mai 1870 ; Cass., 20 fév. 1864, 6 juillet 1870 ; *J. N.*, art. 20014.— Besançon, 26 mars 1870, D. P., 72, 2, 127. — Douai, 29 décembre 1845, D.. 46, 2, 24.)

« Attendu, dit la Cour de cassation dans son arrêt du 16 août 1865 (*J. Pal.*, 1865, 1162), que la loi du 25 ventôse an XI, en déclarant les notaires responsables en cas d'omission dans un acte authentique de quelque formalité essentielle, ne les a pas affranchis de la responsabilité dérivant des règles du droit commun, et notamment des articles 1382 et 1383 du Code civil, lorsque, par une faute lourde, ils compromettent les intérêts de leurs clients. »

Mais d'innombrables décisions, spéciales aux placements hypothécaires, démontrent que cette restriction est loin d'être admise par la jurisprudence en général.

Le seul tempérament apporté à la rigueur du principe posé dans les articles 1382, 1383 se trouve encore dans l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI ; la responsabilité professionnelle des notaires est subordonnée à l'appréciation des juges ; tout préjudice constaté, quelle qu'en soit la source, ne donne pas nécessairement à la partie lésée le droit d'exiger une réparation : c'est aux tribunaux de décider, s'il y a lieu, d'accorder une indemnité.

Il nous est impossible de prévoir et de parcourir tous les cas imaginables où la vigilance du notaire peut être prise en défaut. Tout dépend des circonstances, qui doivent être appréciées par les juges. Nous citerons cependant quelques hypothèses dans

lesquelles les notaires ont été récemment déclarés responsables.

Dans un arrêt du 14 mai 1886, la Cour d'Orléans a confirmé purement et simplement, par adoption des motifs, un jugement du tribunal civil d'Orléans du 30 décembre 1885 qui, après avoir rappelé l'obligation où sont les notaires d'éclairer leurs clients, ajoute : « que cette responsabilité existe soit que le notaire ait agi par imprudence, légèreté, impéritie ou complaisance aveugle, et sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été inspiré par un sentiment de lucre ou de fraude. » A ce titre, un notaire peut être déclaré responsable pour avoir concouru sciemment à un placement dès l'origine désavantageux, en recevant la procuration nécessaire pour retirer d'un placement antérieur, offrant de sérieuses garanties, les fonds destinés au nouveau prêt. (Orléans, 14 mai 1886, *Rev. not.*, 7579.— Conf. Nantes, 4 février 1880, *Rev. not.*, 6078. — Paris, 6e ch., 11 décembre 1884, *Rev. not*,, 7068).

De même, le notaire dans l'étude duquel a été passé un prêt hypothécaire est responsable de la perte de la créance résultant de l'inefficacité certaine d'avance d'une promesse de mainlevée, ou de la non-réalisation par suite de sa négligence de subrogations promises dans le contrat (Bordeaux, 17 juillet 1877 ; *Rev. not.*, 5521).

Le notaire qui a reçu un acte de prêt avec affectation hypothécaire portant sur des immeubles qui n'appartiennent plus à l'emprunteur, ou sur des biens insaisissables, commet une faute grave qui en-

gage sa responsabilité, alors surtout qu'il était à même de consulter les titres de propriété et le registre des transcriptions pour s'assurer de l'efficacité de l'hypothèque. (Orléans, 8 janvier 1870, *Rev. not.*, 2898. — Cass. civ., 4 mars 1873, *Rev. not.*, 4440. — Cass. req., 2 décembre 1873, *Rev. not.*, 4581.)

Le notaire rédacteur d'un acte contenant, par suite des conventions des parties, affectation hypothécaire sur tous les biens des débiteurs, alors que ceux-ci ne possèdent aucun immeuble, peut être déclaré responsable du préjudice éprouvé par le créancier, s'il est reconnu que lui notaire connaissait la position des débiteurs, et pouvait savoir que la stipulation ne produirait aucun effet. (Bourges, 31 mars 1873, *Rev. not.*, 4345.)

Le notaire doit aussi éclairer les parties sur les conséquences de leurs conventions et prendre les mesures nécessaires, lors de la rédaction, pour s'assurer de l'efficacité des actes ; en conséquence, il doit être déclaré responsable lorsque, en cas de constitution d'hypothèque pour sûreté de prêts, sur des biens provenant à l'emprunteur d'une donation-partage, faite à la charge d'une rente viagère au profit des donateurs, il se contente, en expliquant l'origine de propriété des actes, de dire que la rente est encore due, pousse l'imprévoyance jusqu'à ne point vérifier si les arrérages de la rente ont été payés jusque-là et néglige, contrairement à une pratique constante, de faire intervenir les donateurs. (Rouen, 29 juin 1878, *Rev. not.*, 5785.)

Plusieurs de ces décisions nous paraissent em-

preintes d'une sévérité exagérée. Certainement, les notaires ne sont pas des instruments passifs, de simples rédacteurs, des copistes, des écrivains publics chargés de donner purement et simplement l'authenticité aux conventions quelconques des parties : leur mission est plus élevée, leur rôle plus intelligent. Nous admettons, avec la jurisprudence, que le notaire doit éclairer les parties sur la nature des conventions passées devant lui, les renseigner sur les dangers que peuvent présenter ces engagements, vérifier, suivant l'arrêt précité de la Cour d'Amiens, pour les constater exactement et complètement dans le contrat, l'établissement de la propriété de l'immeuble offert en gage, l'importance des charges qui peuvent le grever. Mais il nous paraît inadmissible que le notaire soit tenu de veiller sur les intérêts de ses clients, de les guider à l'aide de ses conseils, qu'il devienne pour eux une sorte de conseil judiciaire, de tuteur légal chargé, sous sa responsabilité, de les empêcher de compromettre leurs intérêts.

Où trouver, soit dans les principes généraux du droit, soit dans les textes spéciaux sur le notariat, rien qui ressemble à un pareil système. Quoi de plus arbitaire que cette responsabilité, variable suivant l'aptitude des parties pour les affaires, suivant qu'elles sont plus ou moins lettrées ? Car, si la responsabilité notariale est subordonnée ou mesurée à l'intelligence des clients, où donc sera la règle d'appréciation, le critérium qui permettrait au notaire d'instrumenter sans danger, au magistrat de juger selon le

droit et l'équité ? A quel signe reconnaître celui qui a une intelligence suffisante des affaires ? comment distinguer celui qui ne les connaît pas assez ? Cette théorie des mille nuances est trop subtile pour être vraie.

Que devient, avec une pareille doctrine, la disposition de l'article 8 de la loi de ventôse, qui oblige les notaires à prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis ? La loi ne dit pas que les notaires doivent donner l'authenticité aux conventions qui leur paraissent claires, raisonnables et faites dans l'intérêt de toutes les parties ; elle n'a pas voulu mettre le client sous la tutelle du notaire. Il ne peut refuser son ministère qu'autant qu'on lui demanderait de constater des actes évidemment illégaux ou frauduleux. Mais, quand l'acte, d'ailleurs licite et conforme à la loi, est de nature à porter préjudice par ses effets à l'un des contractants, le notaire a rempli tout son devoir en avertissant officieusement les parties du danger qu'elles courent, des conséquences fâcheuses qui peuvent résulter des conditions de leurs engagements.

La loi défend formellement aux notaires de se porter garants ou cautions, de s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle ils prêtent leur ministère (Ordon., 4 janvier 1843, art. 12-6°. — L. 25 ventôse an XI, art. 8) ; et la jurisprudence leur impose ce que la loi prohibe ! elle les rend garants, comme dit M. P. Paul, de tous les mécomptes de leurs clients. En définitive, elle a fait la loi au lieu de l'appliquer et elle l'a mal faite, puisqu'elle a laissé le notaire à

la merci des cours et tribunaux. « C'est le régime du bon plaisir, sans autre correctif que la conscience et les lumières du magistrat » (Amiaud, *Etudes sur le notariat français*, p. 146).

Il eût mieux valu respecter le principe si nettement posé par Domat, quand, après avoir dit que le conseil n'engage pas la responsabilité, parce que celui qui le reçoit ne s'attend pas qu'on lui réponde de l'évènement, il ajoute : « S'il y avait dol de la part de celui qui conseille ou qui recommande, ou s'il engage à quelque perte qu'on puisse lui imputer, comme s'il fait prêter de l'argent à un inconnu, à qui on ne prête que sur l'assurance qu'il donne qu'on sera payé, il en répondra » (Domat, *Lois civiles*, L. I, t, 15, sect. 1, n° 13).

§ 2

RESPONSABILITÉ QUANT AUX FORMALITÉS POSTÉRIEURES

Sans doute, le défaut d'enregistrement d'un acte de prêt engage la responsabilité du notaire rédacteur, non seulement à l'égard du trésor (art. 29 et 33, loi du 22 frimaire an VII, — art. 13, loi du 16 juin 1824), mais aussi à l'égard des parties qui pourraient se trouver dans l'impossibilité de faire inscrire l'hypothèque constituée, par suite de la défense faite aux notaires de délivrer les expéditions des actes non enregistrés. Mais c'est là une cause de responsabilité qui se rencontre dans tous les actes notariés.

Des formalités spéciales sont nécessaires pour as-

surer l'efficacité des droits du prêteur, telles sont l'inscription de l'hypothèque et la signification du transport d'indemnité d'assurance ou même, en cas de cession de créances, la signification au débiteur cédé (Art. 1690. C. civ.). Les notaires sont-ils tenus, par la nature de leurs fonctions et comme officiers publics, de remplir les formalités complémentaires et extrinsèques des actes qu'ils reçoivent? Leur responsabilité est-elle engagée en cas d'omission à cet égard?

L'affirmative a été soutenue par plusieurs cours d'appel. C'est une application de la théorie déjà réfutée, qui considère le notaire comme le mandataire légal des parties. La Cour de Paris, notamment dans un arrêt du 13 juin 1854, a décidé « que les devoirs du notaire ne consistent pas seulement à remplir les formalités prescrites par les lois pour la régularité des actes qu'il reçoit, qu'il doit encore veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties, et que son obligation est d'autant plus étroite, que l'ignorance des formes et l'inexpérience des affaires peuvent avoir pour les clients qui se confient à ses lumières de plus fâcheuses conséquences. »

Mais trois arrêts successifs de la Cour de cassation ont formellement condamné cette doctrine. (Req., 14 juill. 1847. — *J. Pal.* 1848, 1, 46. — Req., 14 février 1855 et 19 mars 1856, *J. Pal.*, 1856, 2, 503.) M. le conseiller Hardouin pouvait dire avec raison, dans le rapport qui a précédé l'arrêt, du 14 février 1855 : « C'est un principe consacré

par la jurisprudence,et placé désormais hors de toute controverse, que les notaires ne sont pas tenus, aux termes de la loi de leur institution, de remplir les formalités destinées à assurer l'efficacité ou l'exécution des actes qu'ils reçoivent. »

En fait, les notaires se chargent de l'accomplissement de ces formalités ; mais cela ne rentre pas dans les attributions de leur ministère : ils n'en sont pas tenus légalement. L'acte reçu par le notaire existe, et il est complet par lui-même sans autre formalité ; l'acte est authentique, il est valable : la mission du notaire est terminée. Ce point est aujourd'hui incontesté en doctrine et en jurisprudence. (Paul Pont, *Revue critique*, année 1855, T. VII, p. 35 et suiv. — *Privilèges et hypoth.* n° 937. — Aubry et Rau, T. 3, p. 320. — Rouen, 24 nov. 1852, D. P. 54, 2, 75. — Cass., req., 14 février 1855, D. P. 55, 1, 170.)

Par application de ce principe, le notaire qui, chargé de la rédaction d'un transport en garantie, n'a pas été constitué mandataire à l'effet de faire la signification au débiteur cédé, parce que les parties avaient déclaré devoir prendre ce soin elles-mêmes, n'est pas responsable si, faute par les parties d'avoir fait la signification ou d'avoir exigé une acceptation authentique, conformément à l'article 1690 du Code civil, le cessionnaire vient à éprouver un préjudice par l'effet d'une autre cession postérieure en date à la sienne, mais régulièrement signifiée (Paris 20 février 1864, *Rev. not.* n° 768).

Le notaire qui reçoit un acte de prêt n'est pas tenu

de prendre inscription de l'hypothèque constituée dans l'acte, ou de veiller à son renouvellement (Seine, trib. civ., 24 avril 1868, *Rev. not.*, 2159).

De même un notaire ne peut être déclaré responsable pour n'avoir pas fait la notification d'une cession de créance destinée à assurer l'efficacité d'une obligation passée devant lui, lorsque rien ne révèle l'existence d'un mandat qui lui aurait été donné à cet effet (C Toulouse, 24 mars 1879. *Rev. not.*, 6049).

Cet arrêt de la Cour de Toulouse fait pressentir que, si le notaire chargé de donner l'authenticité à un prêt hypothécaire n'est pas, en principe, obligé de remplir les formalités ultérieures, utiles à la conservation des droits des parties, il en est autrement quand il agit en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires du prêteur ; c'est en effet ce que nous verrons au cours du chapitre suivant.

CHAPITRE II

Responsabilité du notaire comme mandataire ou gérant d'affaires

Les règles ci-dessus exposées, relatives à la responsabilité du notaire considéré comme officier public rédacteur d'un prêt hypothécaire, se trouvent en pratique très souvent modifiées par l'application des principes généraux du mandat ou de la gestion d'affaires.

On ne peut pas dire *a priori* que le notaire qui accepte de placer les fonds de son client, ou qui se charge spontanément de cette opération, soit toujours responsable de ce placement; ce serait établir une règle qui n'est écrite nulle part: mais, contractant les obligations du mandataire ou du gérant d'affaires, il est, aux termes des articles 1992 et 1374 du Code civil, tenu des fautes qu'il commet dans l'exécution du contrat ou du quasi-contrat ainsi intervenu. Quand ces dispositions peuvent être invoquées, elles étendent les obligations du notaire et aggravent sa responsabilité.

Dans ce cas, en effet, le notaire agissant, non plus comme officier public, mais comme homme privé, est soumis à la responsabilité du droit commun, sans pouvoir invoquer le tempérament admis par l'article 68 de la loi de ventôse, en faveur de la responsabilité notariale proprement dite.

Non seulement la responsabilité du notaire sera dans ce cas plus étroite, plus facilement prononcée, mais elle sera aussi plus étendue ; elle embrasse en effet un plus grand nombre d'objets : il a pris l'engagement de s'occuper sérieusement de placement de fonds, et il est tenu d'apporter à l'opération tous les soins d'un bon père de famille. Sans doute, il doit encore à ce titre éclairer les parties sur la portée de leurs engagements ; c'est pour lui un devoir de se livrer à toutes les investigations nécessaires pour assurer le succès de l'affaire entreprise : son rôle ne se borne plus à vérifier l'origine de propriété des immeubles offerts en gage, l'importance des charges dont ils sont grevés et l'état civil des contractants, il comprend encore l'accomplissement des conditions nécessaires ou utiles pour assurer l'efficacité ou l'exécution de l'acte qu'il a reçu, c'est-à-dire que le notaire devra prendre inscription de l'hypothèque constituée, veiller au renouvellement en temps utile, et faire les significations au débiteur cédé, s'il y a lieu.

Aussi, dans le plus grand nombre de procès en matière de responsabilité, les plaideurs cherchent-ils à établir qu'un mandat exprès ou tacite est intervenu, ou que les règles de la gestion d'affaires peuvent être invoquées à l'appui de leurs prétentions.

Gérant d'affaires ou mandataire du prêteur, le notaire engage donc gravement sa responsabilité : dans les deux hypothèses, ses obligations sont à peu près les mêmes, c'est pourquoi nous examinerons successivement dans les quatre sections suivantes :

1° Si le notaire peut être mandataire ou gérant d'affaires ;

2° Les différences entre le mandat tacite et la gestion d'affaires ;

3° Les présomptions admises quant à la preuve du mandat tacite ;

4° L'étendue des obligations du notaire gérant d'affaires ou mandataire.

SECTION PREMIÈRE

Le notaire peut être mandataire ou gérant d'affaires

Si le notaire n'est pas un mandataire légal, quand, procédant dans l'exercice de ses fonctions, il constate les conventions des parties et leur confère l'authenticité, il peut du moins être constitué mandataire conventionnel, soit pour l'exécution de ces conventions, soit même pour tout autre objet. Il n'y a pas, en effet, d'incompatibilité entre les fonctions publiques dont le notaire est investi et les agissements d'un mandataire conventionnel. On peut dire même qu'en bien des circonstances, notamment pour les placements de fonds... les inscriptions hypothécaires à effectuer, les mainlevées et radiations à requérir, le notaire est naturellement indiqué par sa situation même au choix de celui qui, ne voulant ou ne pouvant agir par lui-même, est conduit à faire agir pour lui et en son nom (P. Pont, *petits contrats.*, T. I, n° 854). On peut ajouter que les mêmes raisons font parfois du notaire le gérant d'affaires de son client.

Or, le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire (art. 1984, C. civ.). On a donc pu définir à bon droit le mandat, une procuration acceptée.

Le mandat peut être donné par acte authentique ou dans un écrit sous seing privé, même par lettre : les écrits servent de preuve, et il n'est pas besoin que l'acte sous seing privé soit fait double; car le mandat est un contrat unilatéral, puisqu'il peut se prouver par simple lettre (art. 1985). Il peut aussi être donné verbalement; mais alors, conformément aux articles 1341, 1347 et 1348, la preuve testimoniale n'est admissible que si l'affaire, objet du mandat, n'est pas d'une importance supérieure à 150 francs.

Le client qui prétend se prévaloir d'un mandat exprès donné au notaire, devra prouver l'existence du contrat, conformément aux règles sus-indiquées. Il est à peine besoin de dire que le fait du notaire d'avoir passé un acte de prêt hypothécaire ne peut servir de preuve à un mandat, puisque l'officier public est tenu de prêter son ministère quand il en est requis ; seulement nous verrons que les énonciations de cet acte émanant du notaire pourront parfois constituer un commencement de preuve par écrit, et rendre ainsi admissible la preuve testimoniale : par exemple, une clause qui obligerait l'emprunteur à payer entre les mains du notaire le coût de l'inscrip-

tion hypothécaire, rendrait vraisemblable le mandat accepté par le notaire de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'efficacité de la constitution d'hypothèque.

L'acceptation du mandat, nous dit l'article 1985, peut n'être que tacite ; en est-il ainsi de la procuration elle-même, du mandat ?

L'affirmative est à-peu près unanimement admise en doctrine et en jurisprudence, et à notre avis, il n'y a pas lieu d'hésiter un instant : le mandat confié au notaire comme à toute autre personne n'est pas nécessairement exprès, il peut n'être que tacite.

A s'en tenir au texte de la loi, on doit résoudre la question négativement. L'art. 1985 dit que le mandat peut être donné par écrit ou verbalement ; il exclut donc toute manifestation tacite de la volonté. Tarrible, dans son rapport au Tribunat (séance du 16 ventôse an XII), disait : « Il est de la nature des contrats consensuels que le consentement puisse être donné dans toute forme propre à le manifester. La conséquence de ce principe est que le mandat, qui appartient à cette classe de contrats, puisse être donné par un acte public ou privé, par une simple lettre et même verbalement ; que le mandataire puisse l'accepter de ces diverses manières ; qu'il puisse même l'accepter tacitement par la simple exécution. » Les mots « et même verbalement » indiquent que c'est la limite extrême de l'expression de la volonté qui soit acceptée par le législateur.

Ce qui confirme encore cette solution, c'est que, par antithèse, l'article 1985 et aussi Tarrible ajoutent

que l'acceptation du mandat peut n'être que tacite. Enfin l'article 1372 vient encore à l'appui de cette doctrine en disant qu'il y a gestion d'affaires, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore : ce qui semble exclure le mandat tacite.

Malgré ces arguments de texte, la doctrine et la jurisprudence admettent le mandat tacite et répondent avec raison, croyons-nous, que : 1° le mot « verbalement » de l'article 1985 ne doit pas être pris à la lettre : il fait antithèse au mandat par écrit que la loi venait de prévoir et, par suite, doit être considéré comme synonyme des expressions « sans écrit », pour désigner toute procuration donnée par signe, par une action, par un fait autrement que par écrit.

2° Les principes sont certains : le mandat est un contrat consensuel qui se forme par le seul accord des volontés, abstraction faite de toutes paroles sacramentelles ou rites solennels et quelle que soit la forme dans laquelle il est manifesté, expressément ou tacitement.

3° L'article 1372, par les mots « soit que le propriétaire connaisse la gestion » n'exclut nullement la possibilité du mandat tacite : car ces expressions signifient qu'il y aura quasi-contrat de gestion d'affaires si le maître, ayant connaissance de la gestion, la subit plutôt qu'il ne l'approuve, ou se trouve dans l'impossibilité de s'y opposer soit à cause de l'éloignement, soit à cause d'une maladie ou d'un autre empêchement.

4° D'ailleurs, le législateur lui-même admet le mandat

tacite quand il dit : « La remise de l'acte ou du jugement à l'huissier vaudra pouvoir pour toutes exécutions autres que la saisie immobilière et l'emprisonnement, pour lesquels il sera besoin d'un pouvoir spécial. » (art. 556 C. Pr. civ.) (Larombière, *obligations,* T. V, art. 1372 et 1373, nos 12 et suivants. — Aubry et Rau, IV, § 411, texte et note 1. — Marcadé, art 1372 à 1374. — Cass., 5 janv. 1863; *J. Pal.*, 1864, 23. — Cass., 15 décembre 1874; *J. Pal.* 1875, 514.)

Ordinairement appliquée dans les relations du notaire avec ses clients en matière de placements hypothécaires, la théorie du mandat tacite a donné lieu à des décisions importantes et a soulevé de très vives controverses: nous aurons bientôt l'occasion de les examiner en étudiant les différences qui existent entre la preuve du mandat tacite et celle du quasi-contrat de gestion d'affaires. Car nous croyons, avec M. P. Pont, que ce mandat conventionnel invoqué contre le notaire ne peut pas être admis « par supposition ». Il peut n'être pas exprès, mais encore faut-il qu'il soit certain ou, en cas de dénégation, établi suivant les règles définies et déterminées par la loi.

Quant au quasi-contrat de gestion d'affaires, c'est le fait volontaire d'une personne qui, sans avoir reçu mandat à cet effet, agit dans l'intérêt d'un tiers; si ce tiers ratifie, cette ratification équivaut au mandat. Mais la gestion d'affaires ne se conçoit guère de la part d'un notaire ; la situation d'un notaire gérant d'affaire sera exception-

nelle autant que la position du notaire mandataire est normale et fréquente : c'est de toute évidence quand on se rend compte de la nature et des conditions de ce quasi-contrat. En effet, la gestion d'affaires implique de la part du gérant une immixtion volontaire, spontanée, dans les affaires d'un tiers, à l'insu de ce dernier et abstraction faite de toute sollicitation dans ce but. L'article 1372 du Code civil suppose bien, nous l'avons vu en propres termes, que celui dont l'affaire est gérée peut avoir connaissance de la gestion; mais cela s'entend manifestement du cas où le maître, connaissant la gestion, la subit plutôt qu'il ne l'approuve et se trouve dans l'impossibilité de s'y opposer. Comment admettre qu'un notaire ait jamais la pensée de se mettre dans une telle situation? Il peut bien accepter un mandat de son client; mais il hésitera avant d'entreprendre une véritable gestion d'affaires.

Et cependant, si le notaire ne se constitue pas de lui-même gérant d'affaires dans le sens exact et précis du mot, il est certain que les tribunaux ont vu parfois, à tort ou à raison, une gestion d'affaires dans les agissements du notaire pour un client. C'est pourquoi, quand il s'agit de déterminer comment et à quelles conditions la responsabilité civile dont le notaire est menacé à raison des actes qui ne rentrent pas dans l'exercice même de sa fonction, il importe d'étudier les différences que présentent sous ce rapport le mandat tacite et la gestion d'affaires.

SECTION II

Différences entre le mandat tacite et la gestion d'affaires

Laissant de côté les règles du droit commun pour rester dans le sujet spécial des placements hypothécaires, nous comparerons le mandat et la gestion d'affaires au point de vue du mode de preuve qui en établit l'existence, et de la responsabilité qui en découle.

§ 1er

Quant à la responsabilité

Les parties ne peuvent pas indifféremment, et en quelque sorte à leur gré, exercer contre le notaire l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*. Souvent cependant, elles confondent ces deux causes de responsabilité, qui ne produisent pas toujours les mêmes effets.

Ainsi, le notaire a-t-il agi en vertu d'un mandat exprès ou tacite, pourvu qu'il en ait respecté les limites, il aura le droit de se faire indemniser de toutes les dépenses qu'il a faites, même sans profit pour le mandant (art. 1999, Code civil), tandis qu'il ne pourrait se faire rembourser que ses dépenses utiles, s'il avait agi en qualité de gérant d'affaires (1375. Code civil).

De plus, en cas de décès du mandant, le notaire, comme tout mandataire, n'est tenu de continu r

l'affaire que s'il y a péril en la demeure (1991) ; au contraire, le *negotiorum gestor* doit, après la mort du maître, achever l'affaire ou la continuer jusqu'à ce que les héritiers aient pu en prendre la direction (1373). La loi se montre ici plus rigoureuse à l'égard du gérant d'affaires, parce que c'est lui qui a pris l'initiative de l'affaire, tandis que le mandataire a déféré à une prière du mandant. Celui qui se charge spontanément d'une affaire doit être responsable du préjudice qu'il cause en écartant une personne plus capable peut-être et plus dévouée.

Néanmoins, dit l'article 1347, les circonstances qui ont conduit le gérant à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts prononcés à l'occasion des fautes ou de la négligence du gérant d'affaires.

Il est incontestable que le mandataire est responsable de son inaction, s'il en résulte un préjudice pour le mandant. Mais, la gestion d'affaires étant établie, pourra-t-on se fonder, non pas sur un fait du notaire, mais sur une omission ou négligence de sa part, pour prétendre que sa responsabilité est engagée ?

La réponse est donnée par les textes : ils sont formels. Le gérant d'affaires est tenu d'achever l'affaire commencée (art. 1372), de la continuer après le décès du maître (art. 1373) ; il doit apporter à la gestion tous les soins d'un bon père de famille (art. 1374) ; enfin, il contracte toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès ou tacite (1372). Or, le mandataire répond de ses fautes, peu importe

qu'elles résultent d'un fait, d'une omission ou d'une négligence (art. 1382, 1385, 1992).

On ne saurait donc admettre la solution suivante présentée par M. Dalloz : « .....Un notaire ne peut encourir de responsabilité pour faute commise comme *negotiorum gestor*, lorsque la faute qu'on lui impute consiste, non dans un fait, mais dans une omission de faire ou dans une négligence...» Dall.A. v° *Respons.*, p. 367, n° 356.)

La vérité, c'est qu'une simple omission ne peut servir de preuve à l'existence de la gestion d'affaires ; car c'est la preuve irréfutable qu'il n'y a pas eu gestion. Il ne faut donc pas confondre la preuve de la culpabilité du notaire, en qualité de gérant d'affaires, avec la preuve de l'existence même du quasi-contrat (Eloy, t. II, p. 748).

§ 2

QUANT AU MODE DE PREUVE

La gestion d'affaires est un quasi-contrat dont l'existence peut être prouvée à l'aide de présomptions ou par témoins, même au delà de 150 francs, conformément à l'article 1348 du Code civil. Reposant uniquement sur des faits, ce quasi-contrat n'est pas soumis, quant à la preuve de son existence, aux prohibitions établies en matière d'obligations conventionnelles ; et cette preuve peut résulter, soit des dépositions des témoins, quelle que soit la valeur du litige, soit de l'ensemble des circonstances de la cause, indépendamment de tout écrit. Les faits du

notaire se rapportant à des démarches personnelles, à des agissements spontanés qui excluent toute participation du client, ce dernier se trouve dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve écrite.

Au contraire, le mandat exprès ou tacite est un contrat dont la preuve reste soumise aux règles du droit commun (art. 1341, 1343, 1353, C. civ.), rappelées d'ailleurs, d'une manière spéciale, par le législateur au titre du mandat (art. 1985). Le contrat ne peut se former qu'avec la participation des deux intéressés, il faut, pour qu'il y ait mandat, que la proposition en ait été faite au notaire, et qu'elle ait été acceptée par lui : il n'est plus son œuvre exclusive comme le quasi-contrat de gestion d'affaires ; et l'on conçoit ici la nécessité d'une preuve écrite, quand l'intérêt en jeu dépasse 150 francs. Les présomptions, fussent-elles graves, précises et concordantes, sont par elles-mêmes insuffisantes pour établir l'existence d'un mandat.

En effet, aux termes de l'article 1353, ces présomptions ne sont admises que dans les cas où la loi permet la preuve testimoniale. Or, l'article 1985 dit que la preuve par témoins n'est reçue pour le mandat, que conformément au titre des contrats ou obligations conventionnelles en général : c'est donc le droit commun qui reprend son empire. Toutes les fois que l'intérêt engagé dépassera 150 francs, c'est par la preuve littérale qu'il faudra établir l'existence du mandat tacite : les présomptions ne seront admises que s'il y a un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire « un acte par écrit qui est

émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué » (art. 1347 C. civ.). — (Troplong, *Du mandat*, n° 142. — Pont, *Du mandat*, n° 875. — Eloy, t. II, n° 819 et suiv.)

En droit, ceci serait difficilement contestable, car le notaire n'agit plus ici comme notaire ; dans notre hypothèse, il est mandataire comme le serait toute personne non revêtue de fonctions publiques : il n'y a donc pas de motifs pour que le mandant soit déchargé de l'obligation de prouver le mandat vis-à-vis de lui.

« En fait, dit M. P. Pont, cela serait moins contestable encore. Les rapports entre le notaire et le client, particulièrement dans les campagnes, sont fréquents plus qu'on ne saurait le penser ; ils le sont d'autant plus, que ces rapports, tant qu'ils ne se résolvent pas en actes du ministère du notaire, ne donnent lieu à aucun honoraire. Aussi, le notaire, et particulièrement le notaire rural, est-il véritablement assailli..... il est certain qu'il n'y a.... pas d'affaire à traiter, si minime qu'elle soit, pour laquelle le paysan se fasse défaut d'aller à l'étude solliciter un avis. Supposez maintenant qu'il suffise, pour établir le mandat, d'en alléguer l'existence, et voyez quel danger sort pour le notaire d'une position qu'il ne crée pas et qu'il doit subir... L'obligation pour le client de prouver sera donc la sauvegarde du notaire. En droit, le notaire est fondé à y prétendre ; en fait, les conditions mêmes de sa position exigent que cette garantie lui soit donnée. (P. Pont, *Revue critique*, année 1855, t. VII, p. 40 et 41.)

Les cours et tribunaux n'ont pas toujours tenu compte de cette différence, en ce qui concerne le mandat, et c'est en faveur des parties et au détriment des notaires qu'ils l'ont parfois méconnue : il a été jugé que l'existence du mandat peut, à défaut de preuve par écrit, être établie au moyen de présomptions ; qu'il peut résulter des circonstances de la cause, notamment de la présentation de l'acte au bureau des hypothèques, du dépôt des pièces dans l'étude de l'officier public, ou bien encore de l'ignorance des parties, de leur confiance dans le notaire et de leurs relations habituelles avec lui (Pont-l'Evêque, 27 août 1872, *Rev. not.*, n° 4215. — St-Etienne, 17 mars 1873, *Rev. not.*, n° 4439).

Toutefois, c'est à tort que l'on taxerait de la même inexactitude la jurisprudence de la Cour de cassation. A la vérité, on cite deux arrêts (18 août 1873, *J. Pal.*, 1874, 410 ; *Rev. not.*, n° 4460. — Cass., 15 décembre 1874, *J. Pal.*, 1875, 514 ; *Rev. not.*, 4852), qui font résulter le mandat tacite « des circonstances et des faits constatés par le juge », ou encore « des documents de la cause et des explications contradictoires des parties données à l'audience du tribunal ». Mais, au nombre de ces circonstances et de ces documents, se trouvaient des preuves par écrit ou tout au moins des commencements de preuve par écrit.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation posent, en termes très nets, les vrais principes, à savoir que le mandat civil donné par un client au notaire, qu'il soit exprès ou tacite, ne peut être prouvé que d'après

les règles du droit commun établies par les articles 1341 et suivants du Code civil. (Cass., 30 juin 1852 ; *J. des not.*, art. 14720 ; *J. du Pal.*, 1852, 2, 266. — Cass., 7 décembre 1868, *J. Pal.*, 1869, 394.—Cass., 2 août 1875, *J. Pal.*, 1875, 1161. — Cass. req., 22 novembre 1876, *J. not.*, art. 21570.)

Nous citerons, dans sa partie doctrinale, un arrêt de la Chambre civile qui, statuant par voie de cassation, contient sous la forme la plus indiscutable l'état de la jurisprudence sur cette question : « Vu les articles 1985 et 1341 du Code civil. — Attendu que, d'après la combinaison de ces articles, la preuve du mandat civil ne peut être faite par témoins à l'aide de présomptions, qu'autant qu'il s'agit entre les parties d'une somme n'excédant pas 150 francs, ou qu'il existe un commencement de preuve littérale, sauf d'ailleurs l'effet ordinaire de l'aveu judiciaire ou du serment. — Attendu qu'aucune exception à cette règle n'est admise par la loi en faveur du mandat tacite ; que les faits dont on prétend déduire l'existence d'un mandat tacitement conféré, doivent donc être légalement établis devant le juge avant que celui-ci apprécie les conséquences qu'il convient d'en tirer (Cass. civ., 29 décembre 1875, *Rev. not.*, n° 5081 ; *J. Pal.*, 1876, 1038).

Les principes relatifs à la preuve ont été appliqués par la Cour de cassation, non seulement aux rapports du mandant avec le mandataire, mais encore aux relations du mandataire avec les tiers. Ceux-ci ont à prouver le mandat confié au notaire

par le client, comme le client doit le prouver vis-à-vis du notaire. En effet, le texte est absolu, il n'établit ni directement ni indirectement, en faveur des tiers, aucune dérogation aux règles du mandat. (Pont, *Petits contrats*, I, n° 876.— Aubry et Rau, IV, p. 638). — (Cass. civ., 7 mars 1860, Sir., 60, 1, 542.)

Cependant, tous les auteurs n'admettent pas cette opinion. Plusieurs accordent aux tiers la faculté d'établir l'existence du mandat à l'aide de la preuve testimoniale et des présomptions de l'homme, lorsque le mandataire, en agissant au nom du mandant, a désigné ainsi aux tiers quel était le véritable obligé. Les affaires, disent-ils, seraient entravées si les tiers étaient tenus d'exiger de tous ceux avec qui ils traitent, la représentation d'un mandat écrit (Taulier, VI, p. 516. — Troplong, *Du mandat*, n° 145).

Quoi qu'il en soit de cette controverse, les tiers pourront considérer l'opération comme une gestion d'affaires et la prouver par témoins ou au moyen de présomptions, sans être obligés de produire un commencement de preuve par écrit.

Toutefois, nous avons vu qu'il n'en est pas de l'acceptation du mandat tacite comme du mandat lui-même (art. 1985 C. civ.). « Ainsi, tandis qu'il faut la preuve directe du mandat, et que ni la preuve testimoniale, ni par conséquent les présomptions de l'homme, ne suffisent à en établir l'existence lorsque le mandat est verbal ou tacite, si ce n'est dans les cas exceptionnels où ces moyens sont admis d'après

le droit commun ; la voie des conjectures est largement ouverte en ce qui concerne l'acceptation, qui peut être tenue pour constante, bien qu'elle n'ait été formulée ni verbalement, ni par écrit. Les tribunaux ont donc, en cette matière, un pouvoir fort étendu d'appréciation. Toutefois, ce pouvoir n'est pas illimité comme on pourrait le croire en prenant à la lettre la disposition de la loi ; il y a une règle que la raison suggère, que la nature même des choses indique et qui supplée à la loi dont la disposition, d'ailleurs, ne devait et ne pouvait être plus précise ; il faut, après avoir reconnu et déterminé l'objet même du mandat produit ou allégué, n'admettre comme faisant preuve de l'acceptation par le mandataire, que les faits absolument corrélatifs, si bien qu'on ne les puisse comprendre et qu'ils n'aient de raison que comme exécution du mandat. » (P. Pont, *Petits contrats*, n° 877.)

SECTION III

Présomptions invoquées quant à la preuve du mandat tacite et de la gestion d'affaires

Nous savons sous quelles conditions les présomptions peuvent être invoquées en justice, pour établir l'existence d'un mandat tacite confié au notaire. C'est une règle de droit consacrée par la loi positive (art. 1353), que les présomptions de l'homme, ces conséquences que le juge tire des faits reconnus pour arriver à la connaissance des faits contestés, marchent de pair avec la preuve testimoniale, et que, si

elles sont admissibles dans tous les cas où cette dernière preuve peut être autorisée, elles ne doivent du moins être admises que dans les mêmes cas. Tandis qu'elles peuvent toujours être invoquées pour prouver la formation du quasi-contrat de gestion d'affaires, elles ne sauraient établir l'existence d'un mandat, quand la valeur du litige dépasse 150 francs, à moins qu'elles ne s'appuient sur un commencement de preuve par écrit.

Mais ces présomptions quelles sont-elles ? Elles doivent, aux termes de l'article 1353, être graves, précises et concordantes. Elles résulteront d'une forte probabilité et seront assez pressantes pour déterminer la persuasion. Le fait contesté sera lié directement et précisément au fait connu ; il faut enfin qu'elles s'accordent entre elles s'il y en a plusieurs. Mais une seule peut suffire : les présomptions comme les témoignages se pèsent et ne se comptent pas; le droit moderne a rejeté le vieil adage: « Testis unus testis nullus ». L'appréciation du mérite des présomptions dépend exclusivement de la conscience du juge, et le précepte de la loi n'a que la valeur d'un simple conseil. Nous ne pouvons nous substituer à la justice dans l'examen de l'infinie variété des faits d'où elle peut induire l'existence d'un mandat ou d'une gestion d'affaires. Les présomptions invoquées dans ce but sont nombreuses : nous nous bornerons à signaler les plus importantes en jurisprudence, et, pour cela, nous examinerons successivement celles dont nous contestons la force probante, et celles dont nous reconnaissons la valeur juridique.

§ 1er

PRÉSOMPTIONS NON PROBANTES.

Dans un article remarquable, publié dans la Revue critique de jurisprudence (année 1855, T. VII, p. 35), M. Paul Pont étudie la responsabilité du notaire comme mandataire des parties, à l'effet de prendre inscription du privilège du copartageant, résultant d'une adjudication sur licitation pour laquelle il est requis de prêter son ministère. Dans cette dissertation, provoquée par un arrêt de la Cour de Paris du 13 juin 1854, réformant un jugement du tribunal d'Avallon, et par la sentence de la Cour suprême du 14 février 1855 portant rejet du pourvoi dirigé contre cet arrêt (D., 1855, 1, 170), l'éminent jurisconsulte envisage plusieurs des circonstances de la cause qui avaient été considérées à tort, selon lui, comme des présomptions suffisantes pour établir l'existence d'un mandat tacite confié au notaire, par exemple : ce fait que la partie était la cliente habituelle du notaire, qu'elle était illettrée et inexpérimentée, que l'élection de domicile avait eu lieu en l'étude du notaire. Les mêmes circonstances se rencontrent en matière de placements hypothécaires, et la jurisprudence y voit très souvent des présomptions de mandat ou de gestion d'affaires.

Il semble, au premier abord, que le notaire chargé de faire un placement hypothécaire n'ait pas à se

préoccuper de la personne du prêteur : car le notaire doit veiller aux intérêts de son client, quel qu'il soit; mais la jurisprudence fait une distinction importante.

Si le prêteur est un banquier, un avocat, un avoué un ancien notaire, un homme éclairé, en un mot, connaissant les affaires et pouvant se rendre compte de la valeur du prêt, on admet difficilement une action en responsabilité contre le notaire.

Au contraire, l'action a de grandes chances de succès si le prêteur est un homme illettré, un cultivateur, une domestique, parce que dans cette hypothèse le notaire est présumé avoir reçu un mandat tacite de son client.

Cette distinction nous paraît mal fondée : sans doute, il faut que le notaire examine sérieusement les placements opérés par son intermédiaire, alors surtout que le prêteur ne peut s'en rendre compte lui-même, ou que, sa position sociale lui permettrait de soutenir qu'il a dû s'en rapporter exclusivement au notaire. Que ces circonstances aggravent la responsabilité du notaire en raison de la faute plus grande par lui commise, on a pu le soutenir, nous l'avons vu ; mais que ce fait, pris isolément, puisse par lui-même constituer une présomption de mandat ou de gestion d'affaires, ainsi que l'ont décidé plusieurs arrêts, c'est là, croyons-nous, une pensée entachée d'erreur.

Du reste, le critérium proposé sera très souvent en défaut : de ce qu'une personne est lettrée ou illettrée, comment peut-on en conclure qu'elle est propre ou

impropre aux affaires, que le notaire est simple rédacteur de l'acte ou mandataire? Il est des habitants de la campagne qui savent à peine écrire leur nom et qui, cependant, connaissent à merveille les affaires, et n'ont aucun besoin d'être protégés par les tribunaux contre leur notaire. D'autre part, combien d'hommes lettrés qui ont toujours vécu à la ville sans fortune à gérer, et qui se montrent d'une ignorance absolue des choses du droit? Quelles chances d'erreur pour les juges et quelle incertitude pour les justiciables! (Arnault, *loc. cit.*, p. 97. — Voir Paris, 13 juin 1854, *J. du pal.*, 1854, II, 477. — Bourges, 22 août 1877, *J. du not.*, n° du 26 janvier 1878. — Alger, 6 juillet 1866, *Rev. not.*, n° 1764.)

De même les relations habituelles du notaire et du prêteur ne sauraient par elles-mêmes constituer une présomption de mandat tacite, ou de gestion d'affaires qui rendrait le notaire responsable de la solidité d'un placement hypothécaire réalisé par acte de son ministère. C'est à tort que la jurisprudence, en déclarant un notaire responsable vis-à-vis de son client, ferait résulter le mandat, cause première de la responsabilité, d'une présomption basée sur ce fait unique, isolé, que l'officier public condamné était le notaire habituel de la partie. (Voir cependant Bordeaux, 17 juillet 1877, *J. du not.*, n° du 6 avril 1878. — *Rev. not.*, n° 5521.) Il n'y a pas de lien nécessaire entre l'idée de mandat et ces relations habituelles de notaire à client: ce sont des rapports de confiance qui n'impliquent pas, de la part du prêteur, une procuration proposée, ni de la part du notaire une ac-

ceptation corrélative (Pont, *Petits contrats*, I, n° 854.)

Mais ne faudrait-il pas voir un ensemble de présomptions assez graves, précises et concordantes pour impliquer le mandat, dans la réunion de ces circonstances que la partie cliente, habituelle du notaire, est d'ailleurs complètement illettrée et que les paiements en capital et intérêts doivent, aux termes du contrat, être effectués en l'étude du notaire rédacteur?

L'affirmative a été admise par un arrêt de la Cour de Toulouse du 25 juillet 1855, dont la doctrine a été consacrée par la Chambre des requêtes, qui a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt (Cass. req., 22 avril 1856, *J. du Pal.*, 1856, 2, 454). Après avoir constaté la réunion des deux premières circonstances dont nous parlons, l'arrêt ajoute : « Considérant que les prêteurs ont dû, dès lors, se déterminer, sinon par l'initiative, du moins par les conseils de leur notaire, en s'abandonnant à la confiance qu'il leur inspirait; d'où il suit que ce dernier, ne se bornant pas à constater des déclarations spontanées, se serait fait l'intermédiaire et l'agent des parties; que, s'agissant du *negotiorum gestor*, ces présomptions peuvent, indépendamment de toute preuve par écrit, déterminer une telle décision, si d'ailleurs elles réunissent les caractères précisés par la loi; — Que si elles n'étaient pas suffisamment graves et concordantes, elles corroborent du moins ce qui s'induit de cette clause insérée dans les contrats, et d'après laquelle l'obligation d'opérer les paiements de toute nature en l'étude du notaire est imposée aux emprunteurs, sans qu'elle

exprime cependant que la présence des créanciers sera nécessaire à la validité des paiements... » (Voir en ce sens un arrêt de la Cour de Poitiers du 30 juin 1847, *J. Pal.*, 1847, II, p. 695 ; — Colmar, 15 juin 1847, *ibid.*, p. 137 ; — Un jugement du Tribunal de Versailles du 28 décembre 1877, *Journal du notariat*, n° du 19 juin 1878.)

Malgré ces documents, nous ne croyons pas que la clause en vertu de laquelle tous les paiements, de quelque nature qu'ils soient, doivent être faits en l'étude du notaire, puisse faire considérer ce dernier comme le gérant d'affaires ou le mandataire du prêteur. On ne peut pas dire d'une manière absolue qu'elle confère au notaire un mandat tacite de recevoir. La jurisprudence est fixée, au contraire, en ce sens que la simple indication d'un lieu pour le paiement d'une créance, même en l'étude du notaire, ne donne pas, de plein droit et à elle seule, pouvoir au notaire de recevoir et de donner quittance (Cass., 23 nov. 1830, S., v. 31, I, 153. — Cass., 21 novembre 1836, S., 36, 1, 892. — Bordeaux, 11 juillet 1859, S., 60, 2, 680. — Lyon, 16 février 1860, S., 61, 2, 607. — Cass. req., 22 novembre 1876, *Rev. not.*, 5322.) C'est une clause en quelque sorte de style insérée dans l'intérêt commun des parties ou pour l'avantage de l'une d'elles, dans le but d'éviter des démarches, inutiles par suite de l'éloignement ou du changement de domicile ; mais elle ne saurait avoir, vis-à-vis du notaire, la valeur d'un mandat exprès ou tacite.

Enfin, un notaire ne saurait être considéré comme

ayant joué le rôle de gérant d'affaires ou de mandataire à l'égard de son client, par cela seul qu'il s'est fait allouer, à l'occasion des actes qui intéressent ce dernier, des honoraires supérieurs à ceux qui sont fixés par les règlements du notariat dans la ville où il exerce ses fonctions (Lyon, 4 mars 1876, D., sous Cass., 77, 1, 399).

Ces diverses circonstances, isolées ou réunies, ne nous paraissent pas présenter les caractères de gravité, de précision et de concordance exigées par la loi pour permettre au juge d'induire l'existence d'un mandat tacite confié au notaire. La jurisprudence, qui les admet comme modes de preuve, nous paraît avoir méconnu les vrais principes, à savoir : que la gestion d'affaires résulte d'un acte de gestion spontanément entrepris par une personne dans l'intérêt d'une autre, et non d'un sentiment général de confiance mutuelle, et que le mandat, loin de se présumer, doit être prouvé dans les termes du droit commun (Pont, *Revue critique*, *loc. cit.*, p. 40).

§ 2

PRÉSOMPTIONS PROBANTES

D'ailleurs, si les circonstances que nous venons de rappeler ne peuvent par elles-mêmes faire présumer l'existence d'un mandat tacite confié au notaire, elles corroborent parfois certains autres faits plus graves, plus précis sur lesquels la jurisprudence a pu se fonder avec raison pour établir l'existence du mandat ou de la gestion d'affaires.

Ici encore, nous devons nous borner à citer des exemples. En matière de placement hypothécaire, le notaire est, à juste titre, considéré comme mandataire ou gérant d'affaires du prêteur dans les cas suivants :

1° S'il a reçu lui-même les deniers des prêteurs et les a placés entre les mains de personnes qui leur sont inconnues (Cass., 9 juillet 1872, *Rev. not.*, 4190. — Paris, 20 et 27 juillet 1874, *Rev. not.*, n° 4688).

2° S'il a indiqué lui-même l'emprunteur dont il a attesté la solvabilité (Douai, 22 décembre 1849, *J. Pal.*, 1841, 1, 178. — Cass. req., 11 juillet 1866, *J. Pal.*, 1866, 878, *Rev. not.*, n° 1851.

3° Lorsqu'il n'a pas mis le prêteur en rapport avec l'emprunteur. (Paris, 18 et 28 février 1842, *J. Pal.*, T. I, 1842, p. 300 et 302. — Besançon, 17 juillet 1844, *J. Pal.*, T. I, 1845, p. 682. — Cass., 3 août 1847, *J. Pal.*, T. II, 1847, p. 628. — Dijon, 10 août 1849, rapporté avec Cass., 19 juin 1850, *J. Pal.*, T. I, 1851, p. 267. — Rouen, 18 mars 1868, *J. Pal.*, 1869, 845.)

4° Lorsqu'il a stipulé lui-même les conditions du prêt. (Besançon, 17 juillet 1844, et Cass., 3 août 1847, précités.)

5° Lorsque le notaire s'est chargé de toutes les mesures à prendre pour la conservation des droits du prêteur. (Paris, 14 février 1823. — Toulouse, 25 juillet 1835. — Cass., 9 août 1836, *J. Pal.*, T. I, 1837, p. 222. — Paris, 21 janvier 1845 (rapporté avec Cass., 3 août 1847, *J. Pal.*, T. II, 1847, 701.)

6° Lorsqu'il a engagé ses clients dans un placement de fonds qu'il savait ne pas être bon (Cass., 29 décembre 1847, *J. Pal.*, T. I. 1848, p. 238).

7° Lorsqu'il s'est chargé de recevoir, dans l'intérêt des parties, les deniers formant l'objet d'actes d'emprunt rédigés par lui, et de distribuer ces deniers aux créanciers de l'emprunteur: il doit, en pareil cas, rendre compte de ce mandat. (Besançon, 2 juin 1843, *J. Pal.*, T. I, 1844, p. 48.)

8° Lorsqu'il s'est entremis pour partie dans la négociation d'un prêt, et qu'il a promis à son client de ne rien négliger de ce qui pourrait concourir à l'entière sécurité de ses fonds (Douai, 28 janvier 1846, *J. Pal.*, T. I, 1846, p. 574). (Bonnet, *Resp. des not. en plac. hyp.*, p. 31.)

Quid de l'élection de domicile en l'étude du notaire? En principe, cette clause, qui est devenue de style dans les actes d'obligation, ne saurait être invoquée comme preuve d'un mandat général confié au notaire pour tout ce qui concerne le placement hypothécaire; à ce point de vue les rapports des parties ne sont pas changés: nous pourrions répéter ici ce que nous avons dit à propos de l'indication de l'étude du notaire comme lieu de paiement,

Mais peut-elle constituer la preuve d'un mandat plus restreint, qui obligerait le notaire à communiquer aux intéressés les diverses significations qui lui seront nécessairement adressées en cas d'exécution forcée? Il faut distinguer.

D'abord il est incontestable qu'en laissant les parties élire domicile en son étude pour l'exécution

de leur contrat, le notaire accepte le mandat qu'elles entendent par là lui donner. Il est non moins certain que ce mandat ne saurait avoir d'autre objet que de recevoir pour elles, et de leur transmettre ensuite, les exploits qui lui sont notifiés au domicile élu : ne serait-il pas, en effet, incomplet et dépourvu de toute efficacité, s'il devait être restreint à l'obligation purement passive de recevoir en dépôt des significations dont les parties ne seraient pas informées, et par l'ignorance desquelles leurs intérêts pourraient être plus ou moins gravement compromis? Il est permis de s'appuyer, dans cette hypothèse d'une élection de domicile conventionnelle, sur des autorités considérables pour décider que l'acceptation du mandat qu'implique cette clause emporte l'obligation de faire parvenir aux parties les exploits reçus pour elles (Demolombe, T. 1, n° 372. — Aubry et Rau, T. 1, p. 591).

Et cette obligation n'est pas exclusivement personnelle au notaire en exercice, au moment où l'élection de domicile a été stipulée; elle passe et se transmet à son successeur, parce que ce n'est pas la personne même du notaire mais l'officier public, quelle que soit d'ailleurs sa personnalité, ou, en d'autres termes, parce que c'est l'étude du notaire, considérée comme personne morale, et non le notaire lui-même envisagé comme individu, que les parties ont eu en vue dans cette élection de domicile ; telle est du moins l'interprétation qu'il faut admettre lorsqu'il est dit dans l'acte, comme cela a lieu le plus ordinairement, que le domicile est élu dans l'étude

du notaire. (Compiègne, trib. civ., 12 août 1874. *Rev. not.* 4710. Demolombe. *Cours de Code civil*, T. I, 372. — Marcadé, *sur l'article* 111, n° 4.) Mais il en serait autrement et l'élection de domicile suivrait la personne de ce dernier si elle avait été faite chez lui : dans ce cas, le domicile élu serait, après la démission du notaire, transporté dans sa demeure et il prendrait fin à son décès.

Mais, en cas de contestation de la part des intéressés, comment le notaire devra-t-il justifier qu'il a rempli ses obligations ? Lui suffira-t-il d'affirmer qu'il a transmis les exploits aux parties auxquelles ils étaient destinés? La prudence lui commande de prendre des mesures propres à établir d'une manière certaine qu'il a fait parvenir aux parties les copies remises pour elles en son étude, par exemple, en les envoyant aux intéressés dans une lettre recommandée.

La Cour de cassation a décidé qu'un notaire, en coopérant à un acte de prêt hypothécaire en qualité de notaire en second, est présumé accepter l'élection de domicile faite par l'une des parties en son étude. Il devient,en conséquence,mandataire de cette partie à l'effet de recevoir pour elle et de lui transmettre la sommation de produire à un ordre qui lui est signifié au domicile élu. S'il néglige de s'acquitter de son mandat, et qu'à défaut de production en temps utile, la créance de son client soit perdue il est responsable des conséquences de sa faute (Cass., 1 mars 1886, D., 86, 1. 457).

Pour éviter la responsabilité que leur fait encourir

l'élection de domicile en leur étude, les notaires ne pourraient-ils pas s'opposer à l'insertion de cette clause dans les actes qu'ils reçoivent? Il est permis de croire qu'ils seraient fondés à faire un pareil refus, en se retranchant derrière la défense qui leur est faite d'être parties dans les actes passés devant eux (art. 8 loi du 25 ventôse an XI. — Pont, *Petits contrats*, T. 1, n° 853).

Parfois les notaires, loin d'éviter l'élection de domicile en leur étude, la stipulent eux-mêmes en l'absence d'une partie, par exemple, dans un bordereau d'inscription hypothécaire. Dans ce cas, ils assument de leur plein gré toute la responsabilité qu'une telle clause est de nature à entraîner contre eux. Le notaire se constitue ainsi le gérant d'affaires de la partie, et il se rend passible de dommages-intérêts envers elle, s'il apporte dans l'accomplissement de son mandat quelque négligence dont elle puisse souffrir.

Il arrive fréquemment aussi dans les bordereaux d'inscription hypothécaire que, sans l'aveu du notaire et à son insu, l'élection de domicile est faite en son étude par la partie elle-même. En effet, lorsque l'inscription n'a pas été prise par le notaire en vertu de l'acte d'obligation passé devant lui, le créancier qui remplit lui-même ou qui fait remplir par un tiers cette formalité, désigne naturellement pour domicile d'élection l'étude du notaire investi de sa confiance. Mais, dans ce cas, l'élection de domicile emporte-t-elle constitution de mandat à l'égard du notaire, et engage-t-elle sa res-

ponsabilité? Il y a bien un contrat proposé ; mais, pour former un contrat, ne faudrait-il pas l'acceptation du notaire ?

Sans doute, quelques auteurs (Aubry et Rau, *Cours de droit civ.*, T. I, p. 528) voient une acceptation tacite, de la part du notaire, dans le fait d'avoir reçu sans protestations les significations faites au domicile élu. Mais la réception de pièces par un officier public ne peut constituer une acceptation de mandat, qu'autant que ce fait rentre rigoureusement et exclusivement dans l'ordre de ses fonctions ; et, s'il s'agit d'une remise de pièces étrangères à son ministère, l'acceptation du mandat doit être prouvée dans les termes du droit commun. Or les significations reçues par le notaire sont des pièces qui n'ont aucun rapport avec ses fonctions : il n'a nullement qualité pour agir au nom de la partie sur cette signification, comme pourrait le faire un avoué qui recevrait une sommation de produire à un ordre (Cass., 18 février 1851, S., 51, 1, 353).

Par suite, il est bien obligé, à raison de l'importance qu'elles peuvent avoir pour la partie, de recevoir et de lui transmettre les significations qui lui sont laissées pour elle ; mais, comme il n'a accepté aucun mandat, on ne saurait le rendre responsable de l'insuffisance de ses démarches pour faire parvenir ces exploits à leur adresse, et la véracité de ses affirmations à cet égard sera présumée (Conf. Eloy, *Resp. des not.*, tome II, n° 816.)

APPENDICE

Pouvoir d'appréciation des Juges. — Contrôle de la Cour de Cassation

L'existence et l'étendue du mandat découlent donc généralement des circonstances de la cause; mais, quand les tribunaux ont jugé que le notaire, à l'occasion d'un placement hypothécaire, a agi en vertu d'un mandat exprès ou tacite, leur appréciation est-elle souveraine, n'est-elle pas soumise au contrôle de la Cour de cassation ? En droit, les juges du fond ont un pouvoir d'appréciation souverain pour la constatation des faits desquels résulterait le mandat, pour l'interprétation des conventions et de l'intention des parties, et notamment pour déterminer l'étendue du mandat conféré au notaire. Mais ils ne peuvent, à moins d'exposer leur décision à la censure de la Cour suprême, méconnaître le caractère du contrat ni le soustraire aux conséquences juridiques qu'il est appelé à produire.

En ce qui concerne l'existence du mandat, la Cour de cassation doit se demander : 1° si les faits invoqués sont établis par les modes de preuve prescrits par la loi; 2° Et si les faits, désormais acquis, constituent le contrat de mandat.

Sur le premier point, il nous suffira de rappeler le principe solennellement consacré par l'arrêt de la Chambre civile du 29 décembre 1875 précité.

« Attendu que les faits dont on prétend déduire l'existence d'un mandat tacitement conféré, doivent être légalement établis devant le juge avant que celui-ci apprécie les conséquences qu'il convient d'en tirer. » (*J. Pal.*, 1876, 1038. — *Rev. not.*, n° 5081. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, T. I, § 39 *bis*, note 8, p. 127.)

Sur le second point, la jurisprudence de la Cour de cassation a beaucoup varié. Ces principes sur la qualification légale des faits souverainement constatés par les juges sont journellement appliqués sans conteste, nous le verrons bientôt, par la jurisprudence aux éléments constitutifs d'une faute ; mais, en ce qui concerne le mandat, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire, non seulement pour constater les faits, mais aussi pour dégager de ces faits l'existence du mandat, comme si c'était là une pure question d'intention (Cass. req., 14 février 1855, *J. Pal.*, 1856, 2, 503.) (15 décembre 1875, *J. Pal.*, 1875, 514.)

Le dernier arrêt qui, à notre connaissance, ait statué sur la question en matière notariale est conçu dans le même esprit : « Attendu, en ce qui concerne le mandat, que « du débat, des documents du procès et des lettres du notaire », la Cour d'appel a tiré la conclusion « qu'il ne s'est pas renfermé dans l'exercice de son ministère, et qu'il est devenu, en outre, mandataire de son client, ce qui lui rend applicables les règles du droit commun ». — Qu'elle a constaté encore souveraine-

ment... Par ces motifs, rejette. » (Cass. req., 25 janvier 1887, D.. 87, 1, 473.)

C'est à peine si, dans quelques rares arrêts, la Cour suprême laisse deviner une tendance à ressaisir le pouvoir de déterminer les éléments constitutifs du mandat. Parfois, en effet, après avoir rappelé les constatations souverainement faites par les juges, elle s'unit à eux pour déclarer que de ces constatations résulte la preuve d'un mandat tacite. Tel est l'arrêt de la Chambre des requêtes du 28 avril 1875 (*J. Pal.*, 1876, 1042). Mais, c'est là un exercice trop timide et bien imparfait du droit qui appartient à la Cour de cassation d'examiner si les faits constatés par les juges du fond constituent véritablement un mandat.

SECTION IV

Obligations du notaire en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires

Ce serait une erreur de croire que, le mandat ou la gestion d'affaires une fois prouvés, le notaire est responsable de toutes les conséquences du placement opéré par ses soins, et tenu de réparer tout le préjudice que pourrait éprouver le prêteur. La responsabilité du notaire comme intermédiaire d'un prêt hypothécaire dérive des principes du droit commun et spécialement des règles du contrat de mandat ou du quasi-contrat de gestion d'affaires. Nous avons à examiner maintenant quelles sont les obligations que lui imposent le mandat et la gestion d'af-

faires : nous déterminerons plus loin le montant des dommages-intérêts qu'il encourt en cas d'inexécution de ses engagements.

Le notaire qui se charge de faire un placement hypothécaire pour son client devient responsable du préjudice qu'il cause par sa faute, sa négligence, sa légèreté, soit dans l'appréciation de la solvabilité de l'emprunteur ou de la solidité des garanties hypothécaires qu'il présente, soit dans l'inaccomplissement des formalités destinées à assurer l'efficacité des droits du prêteur.

D'ailleurs, les termes même du mandat exprès qu'il a accepté, ou les circonstances du mandat tacite, indiqueront ordinairement la limite de ses obligations. La responsabilité varie suivant le mode du concours qu'il donne aux parties.

Si le mandat est spécial et limité au fait même du placement, à la négociation du prêt, à la transmission des propositions réciproques des parties, il n'engage le notaire qu'autant que celui-ci a commis quelque imprudence au moment où il a fait ce placement, par exemple : s'il ne s'est pas assuré de la valeur des immeubles offerts en garantie, ou s'il a négligé de prendre l'inscription. Dans ce cas, le mandat est consommé aussitôt que l'acte est signé, l'inscription prise et les fonds remis à l'emprunteur.

Mais le mandat peut aussi s'étendre à toute la suite de l'opération jusqu'au remboursement, et comprendre toute la série des actes intermédiaires, notamment le renouvellement des inscriptions hypothé-

caires (Cass. req., 15 déc. 1874, D. P., 1875, 1, 453) ; dans ce cas, le notaire est responsable de toutes les fautes qu'il peut commettre au cours de ces diverses opérations.

Cette extension du mandat se présume facilement, lorsqu'on voit le notaire intervenir de nouveau après le paiement et, par exemple, de même qu'il avait provoqué le placement, provoquer des mainlevées partielles. Vainement, il prétendrait n'avoir agi dans cette seconde partie de l'opération qu'à titre de recommandation en qualité de conseil et, en conséquence, sans responsabilité ; vainement il dirait que, dans le doute, on ne saurait le considérer comme mandataire, le mandat ne pouvant être admis « par supposition ». Son intervention nouvelle est le plus souvent la preuve qu'il n'a pas considéré son mandat comme terminé, et s'est regardé comme étant toujours le maître de l'affaire. Cette extension se présume encore plus facilement lorsqu'il s'agit d'une affaire complexe, telle que le placement sur les mêmes immeubles de capitaux appartenant à plusieurs clients du notaire, qui font la même opération sans connaître l'emprunteur, et s'en rapportent au notaire de la direction et du soin de leurs intérêts.

Quoi qu'il en soit, c'est aux tribunaux, nous l'avons vu, qu'il appartient de déterminer l'étendue comme l'existence même du mandat.

Ces points précisés sur les causes de la responsabilité du notaire qui agit en dehors de ses fonctions, passons aux applications ; et, sans songer d'ailleurs, ce qui serait impossible, à embrasser ou à prévoir

toutes les hypothèses où elle peut être engagée, examinons quelles sont les principales obligations du notaire dans cette situation.

§ 1er

NÉGOCIATION DU PRÊT

Le notaire qui, en qualité de mandataire ou de *negotiorum gestor*, procure à un de ses clients un placement hypothécaire, doit veiller à la solidité de ce placement. Sur ce point, on peut considérer la jurisprudence comme définitivement fixée. (Cass. req., 13 août 1874, D., 1875, 1, 155.— 8 décembre 1874, D., 1875, 1, 312. — Cass. req., 23 avril 1877, D., 78, 1, 158. — Cass. req., 20 décembre 1882, *Rev. not.*, n° 6587.)

Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution (art. 1991 Cod. civ.). Or, l'objet du mandat confié au notaire consiste dans un placement de fonds : il doit donc choisir un emprunteur solvable offrant des garanties suffisantes. Comme mandataire, le notaire est tenu de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, faute que le juge appréciera plus sévèrement si le mandat est salarié (art. 1992, 1137, C. civ.)

Le premier devoir du notaire auquel des fonds ont été confiés en vue d'un placement à opérer, est de s'assurer que l'emprunteur est capable de s'obliger, et il serait responsable de la nullité du prêt pour

cause de minorité du débiteur (Cass., req., 19 juin 1850, D. P., 50, 1, 308).

En raison de la nature du placement qu'il est chargé de négocier, il est tenu d'examiner avec soin les titres de propriété, de s'assurer de l'état de l'immeuble offert en garantie, et de prendre toutes les précautions que la prudence exige pour éviter que le gage soit ou devienne illusoire. (Alger, 6 juillet 1866, *Rev. not.*, n° 1764. — Orléans, 8 janvier 1870, *Rev. not.*, n° 2898. — Et sur pourvoi rejeté de ce chef par la Chambre civile, 4 mars 1873, *Rev. not.*, 4440).

Il serait responsable de l'inefficacité de l'hypothèque, résultant de ce que l'emprunteur s'était dessaisi de la propriété de l'immeuble hypothéqué en en faisant apport dans une société (Cass., 16 août 1865, *Rev. not.*, n° 1477), ou de ce que les biens hypothéqués étaient advenus à l'emprunteur par donation, par suite, exposés à l'éventualité d'un rapport et susceptibles d'être réunis, francs et quittes de toutes charges créées par l'emprunteur, à la masse des biens composant la succession des donateurs. (Rouen, 18 mars 1868, S. 69, 2, 198). — (Versailles, trib. civ., 28 décembre 1877, *Rev. not.*, n° 5571.)

Il doit s'assurer de la valeur des immeubles hypothéqués ; mais son obligation à cet égard ne va pas jusqu'à la nécessité de faire procéder à une expertise avant de réaliser le prêt ; et sa responsabilité ne doit pas, en cas d'insuffisance de garantie, être mesurée à la valeur exacte donnée aux immeubles par une expertise faite postérieurement (Dijon, 28 décembre 1876, D. P., 78, 1, 168).

Il commettrait une faute s'il négligeait de vérifier l'état hypothécaire avant la signature de l'acte : il en est ainsi spécialement quand une des stipulations de cet acte porte que le capital prêté deviendra exigible si l'immeuble hypothéqué est grevé d'inscriptions antérieures au delà d'une somme déterminée, et qu'après le contrat, le notaire remet l'état d'inscription au prêteur qui n'a pas les aptitudes nécessaires pour surveiller lui-même ses placements (Cass. req., 20 décembre 1882, D. P., 83, 1, 311 ; *Rev. not.*, n° 6587).

Il est responsable de l'insuffisance des garanties hypothécaires résultant de l'inobservation des prescriptions du mandant, relatives au rang de l'hypothèque (Cass. req., 14 janvier 1856, D. P., 56, 1, 456).

Lorsqu'un notaire a pris l'engagement de faire rayer les inscriptions qui grevaient l'immeuble offert en garantie par l'emprunteur, et qu'il a lui-même déterminé la valeur de cet immeuble, il est responsable du préjudice subi par le prêteur en cas de déficit au jour de la réalisation du gage (Douai, 19 et 24 janvier 1887, deux arrêts ; *Rev. not.*, n° 7620).

Le mandataire contracte donc la plupart des obligations qui incombent à l'officier public en vertu de ses devoirs professionnels. Il y a cependant entre les deux situations cette différence essentielle, que le préjudice subi par le prêteur lui donnera toujours droit à une réparation, tandis que la responsabilité du notaire, en cette qualité, est toujours conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à l'appréciation des

juges qui la prononcent seulement « s'il y a lieu » (art. 68, loi de ventôse).

§ 2

FORMALITÉS POSTÉRIEURES A L'ACTE

Le notaire, en sa qualité d'officier public, n'est pas tenu de remplir les formalités postérieures à l'acte et utiles, non pas pour lui donner sa perfection, mais pour assurer l'efficacité des droits des parties; car, ainsi que nous l'avons démontré dans le chapitre précédent, il n'est pas le mandataire légal du prêteur. Mais le mandat conventionnel n'a rien d'incompatible avec la qualité d'officier public; et, lorsque le notaire accepte un pareil mandat, il contracte l'obligation de veiller à l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires pour assurer l'exécution de l'acte de prêt.

Le notaire qui s'est chargé de faire subroger le prêteur aux droits des créanciers payés avec les deniers empruntés est responsable du prêt, lorsqu'il néglige les intérêts de son commettant en ne réalisant pas les subrogations promises. (Paris, 16 nov. 1826, D., A., v° *Responsabilité*, n° 346, 3°. — Cass., 15 février 1876, *Rev. not.*, n° 5248.)

Le notaire en l'étude duquel a été fait un placement doit, alors qu'il est considéré comme le mandataire et l'homme de confiance du prêteur, surveiller et opérer le renouvellement de l'inscription prise pour sûreté de ce placement ; et il est responsable du défaut de renouvellement, quand bien même il ne se-

rait plus dépositaire des titres de la créance (Saint-Étienne, 17 mars 1873, *Rev. not*,, n° 4439. — Cass. req., 15 déc. 1874, *Rev. not.*, n° 4852), et *a fortiori* s'il est dépositaire des titres de créance (Moulins, 28 mai 1876, *Rev. not.*, n° 5247).

De même le notaire, en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires, serait tenu de remplir les formalités nécessaires pour assurer l'effet d'un transport de créance, notamment de le faire signifier; et, si le transport était annulé faute de notification régulière, il devrait en être déclaré responsable.

La preuve d'un pareil mandat résulte suffisamment de ce que l'acte de cession de créance constate que le paiement soit des intérêts, soit du capital, doit être fait en l'étude du notaire, qu'il doit rester dépositaire du titre de la créance cédée, et qu'il a reconnu par écrit que c'était son clerc qui avait fait procéder à la notification (Cass. req., 4 mai 1874, D., 1874, I, 489).

Le notaire gérant d'affaires ou mandataire du prêteur est responsable de la nullité de l'inscription prise dans un bureau autre que celui dans la circonscription duquel se trouve l'immeuble hypothéqué. Le conservateur des hypothèques, dont le ministère est purement passif, n'est pas tenu, en vertu de ses fonctions, de connaître dans tous ses détails, tels que numéros et rues, la désignation des maisons situées dans la circonscription de son bureau : il n'encourt aucune responsabilité en inscrivant sur son registre, conformément au bordereau qui lui est présenté, une hypothèque grevant un immeuble situé

en dehors de son arrondissement. (Paris, 26 janvier 1872, *Rev. not.*, 4110. — Cass. rej., 25 novembre 1872, *Rev. not.*, 4303.)

Toutefois, il ne suffit pas, pour faire déclarer le notaire responsable des suites d'un placement, de prouver qu'il l'a indiqué et même négocié, il faut encore établir qu'il a commis une faute préjudiciable : il ne répond pas du dommage subi par le prêteur à la suite d'évènements fortuits ou pour des causes indépendantes de sa volonté. Car, ainsi que nous le verrons bientôt, le notaire, fût-il mandataire à l'effet d'opérer un placement de fonds, n'est jamais présumé être la caution de l'emprunteur (Lyon, 3 juillet 1868, D., 1868, 2, 229).

CHAPITRE III

ACTION EN RESPONSABILITÉ

L'action en responsabilité est le complément indispensable du droit à la réparation : c'est la mise en exercice de ce droit. Pour obtenir réparation du préjudice que lui fait supporter la faute, l'imprudence ou la négligence du notaire, la partie intéressée doit s'adresser à la justice et faire fixer le montant des dommages-intérêts qui lui adviennent.

L'action en responsabilité contre les notaires, soumise aux régles générales de la procédure, est régie par quelques dispositions spéciales quant à la compétence exclusive du tribunal civil de la résidence du notaire et quant aux voies d'exécution sur le cautionnement (Loi du 25 ventôse, an XI, art. 53 et 33).

Sans entrer à cet égard dans une étude générale que ne comprend pas notre sujet spécial, nous examinerons seulement, en ce qui concerne les placements hypothécaires, les conditions d'existence de l'action en responsabilité, les conséquences qu'elle entraine, le droit de contrôle de la Cour de cassation, l'exercice de l'action,et enfin les clauses préventives que le notaire peut insérer dans l'acte pour mettre sa responsabilité à couvert.

SECTION PREMIÈRE

Conditions d'existence de l'action

Que le notaire ait agi en qualité d'officier public ou comme simple particulier, la partie qui exige de lui le paiement d'une indemnité doit établir trois choses: d'abord qu'il a commis une faute ; en second lieu, qu'il y a un préjudice, et enfin que le préjudice résulte de la faute du notaire.

Premièrement.—Les juges doivent constater l'existence et la gravité de la faute reprochée au notaire. C'est le droit commun dont la jurisprudence fait ici l'application. (Paris, 4 août 1873, D. P., 74, 2, 85.— Toulouse, 24 mars 1879, D. P., 79, 2, 244. — Cass. 30 mai 1881, D., 1881, 1, 414.)

Or, la faute c'est le fait illicite, le manquement au devoir. Elle consiste, pour le notaire mandataire ou gérant d'affaires, dans l'inexécution totale ou partielle des obligations résultant du mandat par lui accepté, ou de la gestion d'affaires qu'il a spontanément entreprise, et, pour le notaire simple rédacteur de l'acte, dans l'inaccomplissement de ses devoirs professionnels, ou dans l'omission des formalités qui engendrent la régularité, la validité et l'authenticité des actes notariés.

Pour rendre un notaire responsable des suites d'un placement hypothécaire, il ne suffit pas, dit la Cour de Lyon, de prouver qu'il l'a indiqué ni même

négocié, il faut encore établir qu'il a commis une faute dans la négociation (Lyon, 3 juillet 1868, D. P. 1868, 2, 229. — Cass. civ., 30 mai 1881, D., 81, 1, 414).

Un notaire n'est pas responsable de la nullité de l'inscription prise par ses soins lorsque cette inscription reproduit fidèlement les énonciations de l'acte constitutif d'hypothèque, parce que dans ce cas aucune faute ne lui est imputable. (Alger, 10 mai 1870, et sur pourvoi, Cass. req., 26 mars 1872, D , 1872, 1, 425.)

Deuxièmement. — Outre la faute, le demandeur en dommages-intérêts doit établir le préjudice : en effet, il ne saurait être question de réparation et d'indemnité s'il n'y avait pas de dommage causé : pas d'intérêt, pas d'action. C'est pourquoi un notaire n'encourt aucune responsabilité, bien qu'il ait négligé de faire inscrire une hypothèque, si l'acte, en vertu duquel il aurait dû prendre cette inscription, vient à être déclaré nul. En effet, le notaire n'a pu causer par sa négligence aucun dommage aux créanciers, puisque l'acte annulé n'avait lui-même conféré aucun droit d'hypothèque : eût-elle été prise immédiatement, l'inscription n'aurait produit aucun effet.

D'ailleurs, le préjudice doit être certain, actuel et légalement constaté. Ainsi, lorsqu'il est démontré qu'un notaire, ayant accepté le mandat de son client de prendre toutes les mesures nécessaires pour conserver ses droits, a failli sur ce point à ses en-

gagements, la partie, pour être fondée à agir en responsabilité contre lui, devra en outre prouver qu'elle souffre actuellement de cette négligence. Le préjudice peut bien être réservé s'il est éventuel, mais il ne saurait emporter condamnation. C'est ce qui a été jugé successivement par la Cour de Rouen (31 août 1850) et par la Cour de cassation, le 5 janvier 1852, en ce qui concerne le défaut de renouvellement d'une inscription hypothécaire. « Attendu, dit la Chambre des requêtes, que l'arrêt attaqué, en décidant que le dommage dont se plaignait le demandeur était purement éventuel, et en lui donnant acte de ses réserves d'exercer son action en garantie en cas d'évènement de la condition prévue, n'a porté aucune atteinte aux règles de la responsabilité des officiers ministériels. » (Cass., 5 janvier 1852, *J. Pal.*, 1852, 1, 38.) La Chambre civile a consacré la même doctrine dans un arrêt du 10 janvier 1854. (*J. Pal.*, 54, 1, 508.)

Troisièmement. — Enfin, il ne suffit pas qu'il y ait faute de la part du notaire ni que le préjudice dont on demande la réparation existe, c'est-à-dire qu'il soit certain et appréciable, il faut encore que ce préjudice soit nécessairement et uniquement le résultat ou la conséquence de la faute par lui commise.

Il faut, en effet, appliquer aux actions en dommages-intérêts contre le notaire les principes contenus dans les articles 1148 et 1151 du Code civil. « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts

lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit » (art. 1148). « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » (art. 1151).

Quel que soit son mode de concours dans un placement, le notaire ne répond que des conséquences de sa faute, et non pas du préjudice résultant de causes indépendantes de sa volonté ; car il n'est jamais présumé être la caution de l'emprunteur.

« Le cautionnement ne se présume pas », dit l'article 2015 du Code civil, « il doit être exprès ». La raison en est qu'il n'y a pas de convention plus désavantageuse : la caution s'oblige à payer si le débiteur ne paie pas, éventualité qui se réalise souvent. « Qui cautionne paie », dit un vieux proverbe. La caution, il est vrai, a bien un recours pour se faire rembourser ; mais, le plus souvent, ce recours est illusoire par suite de l'insolvabilité du débiteur : la caution se charge d'un gros risque et généralement sans aucune compensation. Le cautionnement ne peut donc pas résulter d'un simple conseil, d'une simple recommandation, ni d'aucun acte, quelque significatif qu'il soit, manifestant tacitement la volonté de se porter caution. Tel est le droit commun.

Mais cette règle doit s'appliquer bien plus étroitement aux notaires qu'à toute autre personne, puisque des textes spéciaux leur défendent formellement de se porter garants ou cautions des prêts réalisés par leur intermédiaire.

L'ordonnance du 4 janvier 1843, relative à l'organisation des chambres de notaires et à la discipline du notariat, dit en propres termes dans son article 12 :

« Il est interdit aux notaires, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées ; soit directement, soit indirectement : 1° de se livrer à aucune spéculation de bourse ou opération de commerce, banque, escompte et courtage..... 6° de se constituer garants ou cautions, à quelque titre que ce soit, des prêts qui auraient été faits par leur intermédiaire, ou qu'ils auraient été chargés de constater par acte public ou privé... »

Il résulte clairement de l'ensemble de ce texte que les notaires ne peuvent régulièrement transformer leur étude en une sorte de banque, où certains clients versent des fonds dont le notaire devient débiteur, où d'autres clients empruntent des sommes dont ils se reconnaissent débiteurs envers le notaire. Ceux de ces officiers ministériels qui procèdent ainsi s'exposent à des poursuites disciplinaires : la ruine, quelquefois la mise en faillite, sont trop souvent le fruit de cette irrégularité.

La stricte observation de ces règles, dictées par la sagesse du législateur, empêcherait bien des scandales financiers et augmenterait la considération et le respect dus aux fonctions des notaires.

La défense de se constituer garant ou caution d'un prêt s'adresse, non seulement au notaire instrumentaire, qu'il soit simple rédacteur, gérant d'affaires ou mandataire, mais aussi à celui qui, sans rédiger l'acte de prêt, a servi uniquement d'intermédiaire pour la conclusion de l'emprunt.

La Cour de Nancy commente cette sage disposition de la loi dans un arrêt du 9 avril 1870 (D., 1872, 2. 193), dont les considérants juridiques méritent d'être signalés : « Attendu que la défense dont s'agit (ordon. 1843, art. 12, n° 6) regarde, non seulement le notaire qui reçoit l'acte de prêt, mais encore le notaire qui ne le reçoit pas et qui n'a fait que s'entremettre pour qu'il se consommât ; — que les rédacteurs de l'ordonnance de 1843 le disent aussi clairement, aussi péremptoirement qu'ils pouvaient le dire lorsqu'ils défendent aux notaires « de se constituer..... ou qu'ils auraient été chargés de constater par acte public ou privé » ; — que la disjonctive « ou » place sur la même ligne, pour leur défendre de garantir ou de cautionner, et le notaire simple intermédiaire, et le notaire instrumentaire ; — qu'on comprend du reste à merveille que le législateur ait interdit la garantie ou le cautionnement des prêts tout aussi bien au notaire simple intermédiaire qu'au notaire instrumentaire, puisque cette garantie ou ce cautionnement exposait l'un comme l'autre aux désastres dont s'alarmait alors l'opinion, et dont il voulait les préserver tous les deux, afin que, en se renfermant d'une manière scrupuleuse dans l'exercice de leurs fonctions, ils n'exposassent plus leurs clients

à des risques contre lesquels ceux-ci se trouvent sans défense, parce qu'ils n'ont pas dû les prévoir ; — qu'à ce point de vue, il convenait de se montrer plus sévère à l'égard d'officiers publics qui exercent une sorte de magistrature, qu'envers tous autres, et ne pas leur permettre ce que font impunément les simples particuliers, dont les fautes, en général, ne compromettent et ne ruinent qu'eux. »

Quoi qu'il en soit, le notaire, fût-il mandataire du prêteur, n'est pas présumé être sa caution, et il lui est même interdit de prendre un pareil engagement.

L'intérêt de la question est considérable : car il y a entre les deux situations cette différence essentielle, que le mandataire répond seulement de la mauvaise exécution de son mandat, tandis que la caution répond en outre de toutes les causes accidentelles ou indépendantes de sa volonté, cas fortuits ou force majeure, qui enlèvent au créancier les garanties sur lesquelles il pouvait compter (Bonnet, *op. cit.*, p. 36).

C'est par application de ces principes que l'action en responsabilité a été rejetée en matière de prêt hypothécaire, lorsque les garanties, sérieuses au moment du prêt, sont devenues insuffisantes lors de l'échéance sans le fait du notaire. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à reconnaître que la responsabilité d'un notaire, à raison d'un placement hypothécaire pour lequel il a servi d'intermédiaire, doit se mesurer, non sur le résultat atteint par la réalisation du gage, mais sur la valeur qu'avait ce gage au moment où

le prêt a été consenti. (Eloy, *Resp. des not.* T. II, n° 772 et suiv. — Cass. req. 7 janvier 1878, 1, 158.— Trib. civ. Seine, 4 décembre 1877, *Rev. not.* 5560. — Trib. civ. Troyes, 20 juillet 1875, *Rev. not.*, n° 5040.)

Le notaire n'est pas responsable en principe des conséquences d'un évènement imprévu, tel qu'une guerre, une crise immobilière, qui, frappant subitement la propriété de discrédit, rend insuffisant le gage affecté à la sûreté du prêt. Le notaire n'est obligé de réparer le préjudice subi par ses clients, qu'autant qu'il a commis une faute ; et il est évident que cette faute ne peut être commise qu'au moment où se produit l'intervention du notaire et qu'à ce point de vue, les faits postérieurs sont indifférents.

Toutefois, il ne suffirait pas que l'immeuble ait, à l'époque du prêt, une valeur égale ou un peu supérieure au montant de la créance : la prudence la plus élémentaire exige que l'on prévoie, dans certaines limites, la dépréciation possible des biens hypothéqués et l'augmentation de la créance par suite des intérêts ou des frais de poursuite et d'exécution. L'article 2165 du Code civil, qui entoure d'un luxe de précautions vraiment inouïes, la réduction des inscriptions excessives, nous montre dans un exemple parfait, mais peu pratique, il est vrai, que pour le législateur, comme pour toute personne soucieuse des intérêts qui lui sont confiés, il y aurait imprudence à se contenter, pour garantir une créance, d'une hypothèque sur un immeuble de valeur égale.

La dernière décision judiciaire qui, à notre connaissance, ait statué sur la question, émane du tribunal civil de Lille. « Attendu, en outre, dit le jugement, qu'il est dès à présent établi, sans qu'il soit besoin de recourir à aucune expertise, qu'au moment du prêt, les immeubles donnés en garantie avaient une valeur plus que suffisante pour en répondre, et que leur dépréciation postérieure résulte uniquement, d'abord de la vente forcée que les débiteurs ont dû subir, et aussi de la crise survenue depuis et constitutive d'un cas fortuit ; que, dans ces conditions et à aucun titre, M. H. ne saurait être responsable du préjudice souffert par la demanderesse » (Lille, 15 novembre 1888. *Nord judiciaire*, n° 1).

De même, il a été jugé que le fait par un notaire d'avoir servi d'intermédiaire pour la réalisation d'un prêt hypothécaire, ne saurait faire peser sur lui aucune responsabilité, en cas de déficit lors de la vente du gage, s'il est reconnu que les prêteurs ont examiné la valeur de ce gage, et ont débattu eux-mêmes avec l'emprunteur les conditions du prêt, et si d'ailleurs l'insuffisance a eu pour cause la dépréciation amenée par la guerre dans la valeur des biens (Caen, 25 janvier 1876, *rev. not.*, 5136).

Toutefois, si le notaire, après avoir pris des sûretés suffisantes au moment du prêt, les restreint en pressant le créancier d'accorder des délais à l'emprunteur, s'il néglige d'assurer la réalisation du gage au moment opportun, il n'y a aucun doute qu'il n'assume, dans une certaine mesure, les risques de l'avenir, et qu'il ne doive relativement compte de la

dépréciation qui s'est ensuite produite, même par cas fortuit ou force majeure.

C'est encore parce que le notaire n'est responsable que du préjudice causé par sa faute, son impéritie ou sa négligence, que nous verrons sa responsabilité s'effacer ou diminuer sensiblement, quand le dommage provient, en tout ou en partie, d'une faute commise par la prêteur lui-même.

SECTION II

Etendue de la responsabilité

Lorsque le notaire a commis une faute préjudiciable à son client, quel est le *quantum* de la responsabilité? Cette responsabilité a-t-elle pour mesure tout le préjudice éprouvé ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant que le notaire a agi comme officier public ou comme simple particulier, et selon que la faute est exclusivement propre au notaire ou qu'elle lui est commune avec d'autres personnes,

§ 1er

NOTAIRE AYANT AGI COMME OFFICIER PUBLIC

Le prêteur dont le titre est nul ou inefficace par suite d'une faute imputable au notaire instrumentaire, doit-il être indemnisé de toute la perte qu'il éprouve ?

Nous avons vu, au début de cette étude, que les

notaires ne sont pas responsables de plein droit des conséquences de la nullité des actes reçus par eux ou de l'inaccomplissement de leurs devoirs professionnels : leur responsabilité est ici conditionnelle, subordonnée à l'appréciation des juges, qui la prononcent, s'il y a lieu. Il est évident que, lorsqu'ils sont responsables comme officiers publics, leur responsabilité doit être proportionnée à la gravité de la faute et n'aura pas nécessairement pour mesure le préjudice éprouvé. Il faut dire plus, ce préjudice représente essentiellement le maximum des dommages-intérêts ; car on ne conçoit pas, en droit, que le montant des dommages-intérêts puisse dépasser celui du préjudice. La chambre des requêtes semble, il est vrai, avoir plus ou moins admis cette anomalie dans un arrêt du 20 novembre 1876 (D., 78, 1, 172), sous prétexte que les juges auraient le pouvoir souverain d'apprécier et de déterminer l'indemnité qui doit réparer le préjudice causé à la partie lésée ; mais c'est là une erreur qui se réfute d'elle-même : car une indemnité qui, en tout ou en partie, ne répond à aucun préjudice est un effet sans cause.

C'est en vain qu'on objecterait, en faveur d'une réparation intégrale, que l'article 1149 du Code civil a fixé légalement la quotité des dommages-intérêts à la perte éprouvée par la partie lésée et au gain dont elle a été privée. Car cet article se trouve placé sous la rubrique « Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » ; et il ne s'agit pas ici de l'inexécution d'une obligation con-

ventionnelle pour laquelle le notaire aurait pris un engagement formel, mais d'une simple erreur, d'une négligence dans l'accomplissement d'un devoir légal.

D'ailleurs, dans cet article, le législateur déclare fixer l'étendue des dommages-intérêts en général : ces expressions font supposer qu'il existe des exceptions à cette règle, et nous autorisent à justifier une de ces dérogations par les principes spéciaux qui régissent la responsabilité notariale.

Ainsi l'article 1149 ne saurait gêner l'appréciation du juge, qui a toujours la faculté de circonscrire, dans notre hypothèse, la quotité des dommages-intérêts dans des limites équitables, et de les déterminer d'après sa conscience et d'après les circonstances de la cause.

Au surplus, la Cour de cassation a nettement rappelé les principes par son arrêt du 19 mai 1885 précité, rendu dans une espèce relative à une nullité de testament. Attendu, dit la Cour, qu'en cette matière, les dommages-intérêts et leur quotité dépendent de la nature et de la gravité de l'omission ou de l'irrégularité reprochée au notaire, et sont subordonnés à l'appréciation équitable des tribunaux. — Que les articles 1382, 1383 du Code civil n'ont pas abrogé le droit spécial au notariat et n'obligent pas les juges à rendre les notaires responsables, dans tous les cas et intégralement, de la nullité de leurs actes » (Cass., 19 mai 1885, D., 85, 1, 345).

Tout dépend des circonstances de la cause laissées à l'appréciation des magistrats. « Dans l'appréciation

qu'ils ont à faire, les juges doivent surtout examiner la gravité de la faute commise.... Il y a, en effet, des fautes plus ou moins excusables, suivant que la formalité omise avait plus ou moins d'importance » (Pagès. *Resp. des not.*, p. 246).

Ainsi, pour qu'un notaire soit condamné au maximum de la responsabilité, c'est-à-dire à la réparation totale du préjudice, il faut que sa faute soit de la plus haute gravité. La Chambre des requêtes a rejeté, le 16 mars 1886, le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Alger, qui avait condamné un notaire à la réparation totale du préjudice résultant de la nullité d'un acte de prêt, pour défaut de signature de l'emprunteur. « Attendu, dit la Cour de cassation, qu'il ressort des motifs de l'arrêt que L. a été condamné à réparer l'intégralité du dommage causé par sa négligence, non pas à raison de l'interprétation erronée ou de la fausse application des dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, mais à raison de la gravité de sa faute et de l'étendue du préjudice en résultant, lesquelles ont été appréciées par la Cour d'appel, en vertu de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, d'après les circonstances particulières de la cause. (Cass. req, 16 mars 1886, *Rev. not.*, n° 7322).

Malheureusement, cette sage proportion entre la faute et les dommages-intérêts est si facile à méconnaître, il est si simple de dire qu'une erreur est impardonnable et de condamner en conséquence le notaire rédacteur à réparer l'intégralité du préjudice! Et combien il est difficile, au magistrat qui a sous les yeux un acte nul, d'embrasser du regard toute

la carrière du notaire dans laquelle l'inexactitude commise n'est peut-être qu'un accident! Et cependant cet oubli d'un instant pourrait entraîner sa ruine. Les juges ne sauraient avoir trop de circonspection avant de prendre une décision aussi grave.

Quand les tribunaux reconnaissent que les clients du notaire ne sont pas eux-mêmes à l'abri de tout reproche relativement au préjudice subi, ils ne leur accordent qu'une réparation partielle. Parfois même la condamnation du notaire aux dépens de l'instance a tenu lieu de tous dommages-intérêts (Dijon, 16 février 1872, D., 72, 2, 213 ; S., 72, 2, 102).

Enfin, bien qu'un notaire ait été déclaré responsable des suites d'une faute lourde commise dans l'exercice de ses fonctions, les juges,en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, ont la faculté de réduire les dommages-intérêts à un chiffre inférieur au préjudice (Poitiers, 19 nov. 1862. *Res. not*, 618).

Ces deux dernières décisions, bien que relatives à la responsabilité du notaire à raison de la nullité d'un testament, sont citées dans cette étude parce qu'elles sont des applications d'un principe plus général qui régit toutes les hypothèses, même celles d'un placement hypothécaire.

§ 2

NOTAIRE MANDATAIRE OU GÉRANT D'AFFAIRES

Le notaire répond en ce cas des dommages-intérêts qui peuvent résulter de son fait, de sa faute, de

l'inexécution des obligations qu'il a contractées (C. civ., 1382, 1383, 1372, 1991, 1992). Et cette responsabilité l'atteint, non plus comme notaire et d'après les dispositions de la loi de ventôse, mais bien comme particulier ayant accepté expressément une mission, un mandat.

Le notaire, en acceptant le mandat, donne au prêteur la confiance que l'objet en sera rempli : si celui-ci est trompé dans son attente, le tort ou le dommage qui en résulte doit être réparé. Si le prêteur n'eût pas compté sur la parole de son mandataire, il aurait pu s'assurer un placement plus solide en veillant lui-même à ses propres intérêts, ou en s'adressant à un mandataire plus fidèle : il est donc juste qu'il soit indemnisé de tout le préjudice que lui cause l'inexécution du mandat (art. 1991).

Pour la fixation des dommages-intérêts, le juge doit appliquer les règles du droit commun que nous avons rappelées au début de cette étude (art. 1149 et suivants). Car la responsabilité du notaire qui agit en dehors de ses fonctions n'est plus conditionnelle, ni subordonnée à l'appréciation des juges. Dès qu'une faute préjudiciable est imputable au notaire, dès que la négligence dommageable est prouvée, les tribunaux n'ont plus à apprécier s'il y a lieu de prononcer une condamnation ; ils doivent nécessairement lui imposer le paiement d'une indemnité : l'étendue du préjudice par lui causé sera la mesure des dommages-intérêts auxquels il doit être condamné. Le juge estime le préjudice, la part qui est imputable au notaire, et à cette part, il proportionne la condamnation.

Le notaire a-t-il par sa faute causé un dommage au prêteur, il devra réparer tout le préjudice, qu'il ait pu ou non le prévoir (art. 1382, 1383).

Est-il actionné pour inexécution des obligations nées du mandat ou de la gestion d'affaires, les dommages-intérêts seront, en général, de la perte subie par le prêteur et du gain dont il a été privé (1149). Mais il ne sera pas tenu de réparer le préjudice qu'il n'a pu prévoir, à moins qu'il n'y ait eu dol de sa part (1150, Cod. civ.)

Le notaire qui, chargé par un client illettré de faire un placement, a accepté imprudemment un gage insuffisant et litigieux, peut être condamné à lui rembourser, non seulement le capital perdu et les intérêts, mais encore à lui payer des dommages-intérêts à raison des déplacements et des frais qui lui ont été occasionnés (Nîmes, 16 août 1870, *Rev. not.*, 2972).

Le seul tempérament admis se trouve dans l'article 1151, applicable à toutes les demandes en dommages-intérêts, quelle que soit leur source, contrat, quasi-contrat ou quasi-délit. « Les dommages-intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de la faute commise. »

Spécialement, en ce qui concerne la responsabilité du notaire mandataire du prêteur ; lorsque l'existence du mandat est d'ailleurs juridiquement démontrée, il faudra faire l'application de l'article 1992 du Code civil, aux termes duquel « la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à

celui qui reçoit un salaire. » Et il faut remarquer à ce sujet que le salaire est censé tacitement stipulé et promis dans les mandats relatifs à des affaires dont le mandataire se charge par état et par profession (Aubry et Rau, T. IV, § 410, note 8). L'officier ministériel qui agit comme mandataire de son client a donc droit, jusqu'à preuve contraire, à une rémunération ; mais il s'ensuit que la responsabilité du notaire qui accepte un mandat est, en général, celle du mandataire salarié.

§ 3

DOMMAGES-INTÉRÊTS PARTAGÉS

La responsabilité du notaire diminue sensiblement quand le préjudice subi par ses clients tient en partie à des causes autres que son impéritie ou sa négligence. Or, la source du dommage peut parfois se trouver dans une faute commune au notaire et au prêteur ou à un tiers.

Lorsque la faute est commune aux parties et au notaire, la responsabilité se partage. La jurisprudence de la Cour de cassation a reconnu positivement le droit au juge du fait de limiter, pour cette raison, l'étendue de la responsabilité qui pèse sur les notaires. Elle leur a permis, notamment, de fixer les dommages-intérêts que doit le notaire, à la somme pour laquelle l'immeuble a été ultérieurement adjugé, bien que cette somme soit inférieure au montant du prêt, s'il est établi que le prêteur a pu par lui-même se rendre compte de la valeur de cet im-

meuble, et qu'il l'a accepté comme garantie suffisante. (Cass., 16 août 1865, *J. Pal.*, 1865, 1162. — Voir en ce sens : Nîmes, 29 avril 1863, *J. Pal.*, 1864, 1205. — Lyon, 8 février 1867, *J. Pal.*, 1867, 581. — Cass., 13 avril 1869, *J. Pal.*, 1869, 786.— Cass., 20 novembre 1871, *J, Pal.*, 1871, 581. — Cass., 16 août 1874, *J. Pal.*, 1875, 507. -- Bordeaux, 23 juillet 1874, *J. Pal.*, 1876, 1042.)

Un arrêt de la Cour de Lyon, du 3 juillet 1868 (D., 1868, 2, 229), rendu sous la présidence de M. Gilardin, fixe nettement les véritables limites auxquelles doit s'arrêter la responsabilité notariale : après avoir reconnu que, dans l'espèce qui lui était soumise, le notaire était le mandataire de son client pour le placement de ses fonds, la Cour l'affranchit néanmoins de toute responsabilité, parce qu'il n'avait pas commis de faute et que le mandataire, qu'il soit notaire ou qu'il ne le soit pas, n'est pas présumé être la caution de son mandant (2015 Cod. civ.) ; elle ajoute : « Attendu que Me M... n'a jamais commis aucune faute qui puisse engager sa responsabilité personnelle envers le sieur C...; que, dans les circonstances actuelles de la cause, il a pu croire,sans témérité et impéritie, à la suffisance du gage hypothécaire, eu égard à sa valeur apparente au moment du contrat,et qu'en tous cas, le sieur C... a prêté son argent en pleine connaissance de cause ; qu'il a pu et dû apprécier par lui-même la valeur de ce gage, et qu'il en a volontairement assumé tous les risques... Attendu, d'ailleurs, que C... n'est pas un homme illettré. »

La faute préjudiciable est parfois commune à deux notaires.

Et d'abord écartons la question de responsabilité pour le notaire en second, qui est tenu, sauf motifs plausibles, de prêter son concours sur la réquisition d'un confrère.

La loi de ventôse, dont l'article 9 exigeait, à peine de nullité, que tous les actes notariés fussent reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, avait par là manifesté, croyons-nous, le vœu de rendre le notaire en second responsable, comme son confrère, de la nullité des actes. Mais la pratique et après elle les auteurs et la jurisprudence l'autorisèrent à donner sa signature à l'acte, en dehors de la présence des parties ; au lieu de remplir la mission qui lui avait été assignée par la loi, il ne jouait plus qu'un rôle bien secondaire, presque fictif, ce qui avait pour conséquence de le décharger de toute responsabilité.

Depuis la loi du 21 juin 1843, une distinction est nécessaire. Pour les actes contenant donation entre vifs, donation entre époux pendant le mariage, reconnaissance d'enfants naturels et les procurations pour consentir ces divers actes, l'article 2 de cette loi requiert, à peine de nullité, la présence réelle du notaire en second ou des témoins au moment de la lecture et de la signature ; par suite, la responsabilité doit peser sur le notaire en second comme sur son confrère, c'est-à-dire sur chacun d'eux, selon la mesure du concours qu'il a dû prendre à l'acte et pour les fautes qui le concernent personnellement.

Pour les autres actes, et par conséquent pour ceux qui contiennent un prêt hypothécaire, la présence réelle du notaire en second n'est pas exigée à peine de nullité, pourvu, d'ailleurs, que sa signature soit donnée ultérieurement (art. 1, loi du 21 juin 1843). Dès lors il est, en principe, exonéré de toute responsabilité ; car on ne lui laisse qu'une sorte de légalisation officieuse : on ne saurait donc le rendre responsable d'une rédaction à laquelle il n'a pas coopéré, d'un fait qui ne peut lui être attribué (Eloy, *Resp. des not.*, n° 309).

Cependant, dans certaines circonstances, la jurisprudence pourrait considérer le notaire en second comme responsable, par exemple s'il a coopéré à la rédaction de l'acte, s'il y est intervenu sur la demande de l'une des parties ; car, en pareil cas, il a mission expresse de veiller à cette rédaction ; ou bien encore s'il avait eu personnellement connaissance, avant de signer l'acte, d'une irrégularité qui s'y trouvait (Eloy, *op. cit.*, n° 308).

Lorsque deux notaires sont déclarés responsables d'un placement hypothécaire auquel ils ont concouru à un titre quelconque, la condamnation aux dommages-intérêts peut-elle être prononcée solidairement contre eux ?

Ont-ils agi en qualité de mandataires, ils seront responsables, sans doute, si l'inexécution totale, partielle ou défectueuse du mandat est imputable à tous les deux ; mais chacun n'est tenu des dommages-intérêts que pour une part virile. Les tribunaux ne pourraient pas, sans méconnaître les principes posés dans

les articles 1202 et 1995 du Code civil, faire concourir les mandataires à la réparation totale du dommage autrement que dans une mesure égale ou proportionnelle à leurs fautes respectives.

Mais, si le fait qui leur est reproché constitue un concert frauduleux ou même un quasi-délit dans les termes des articles 1382, 1383, la solidarité pourra-t-elle leur être imposée pour le paiement des dommages-intérêts ? Les avis sont partagés.

Pour soutenir la négative, on invoque l'article 1202 du Code civil, aux termes duquel la solidarité ne se présume pas, il faut qu'elle soit expressément stipulée. Ce n'est que par exception qu'elle a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. Or, aucune loi ne prononce la solidarité pour les quasi-délits. L'article 55 du Code pénal, qui déclare tenus solidairement des dommages-intérêts tous les individus condamnés pour un même crime ou un même délit, ne s'applique pas aux quasi-délits ; car ils ne supposent pas, comme les infractions à la loi pénale, une volonté de nuire, un degré de perversité qui doive appeler toute la sévérité de la loi. (Toullier, *Le droit civil français*, T. 11, n° 151. — Rutgeerts et Amiaud, *Commentaire de la loi de ventôse*, T. III, n° 1394.)

Avec M. Sourdat, dont l'avis est généralement partagé, nous croyons, au contraire, que la solidarité doit être également admise entre les auteurs d'un même quasi-délit comme en matière de délit.

L'indivisibilité des actes dommageables commis par plusieurs personnes, l'impossibilité de distinguer la part que chacune d'elles y a prise, doivent

produire les mêmes effets par rapport à la manière dont elles seront tenues à la réparation, soit que le fait constitue un délit civil proprement dit, soit qu'il ne constitue qu'un simple quasi-délit.

Le dommage est résulté du concours de plusieurs fautes d'imprudence et de négligence ; il a sa source ou est présumé l'avoir dans toutes et dans chacune à la fois. Donc, chacun de ceux qui ont commis la faute est tenu à la réparation de tout le dommage, en vertu de l'article 1383 du Code civil : il y a donc obligation solidaire entre eux, et cette solidarité vient de la loi. (Sourdat, *Traité de la responsabilité*, T. I, p. 721, n° 704. — Pagès, *Resp. des not.*, p. 241.)

Les auteurs et la jurisprudence admettent cette solidarité, qui résulte de la nature des choses. Le principe posé dans l'article 1202 « que la solidarité ne se présume pas », n'a trait qu'à la solidarité conventionnelle, ainsi que le prouvent les expressions « elle doit être expressément stipulée. » Il ne s'applique pas aux engagements qui se forment sans convention, aux obligations nées des délits et des quasi-délits : car il est fait surtout en vue des conventions où celui qui réclame la solidarité sans l'avoir stipulée, a toujours à se reprocher de n'en avoir pas fait une condition du contrat. Il faut alors que la loi supplée à son silence par une disposition formelle.

Ici, on ne peut pas reprocher à la partie lésée un défaut de prévoyance ; et, d'ailleurs, l'article 1382 du Code civil nous fournit précisément cette disposition de la loi exigée par l'article 1202. La solidarité a lieu

de droit en vertu de cette disposition, que celui par la faute duquel un dommage arrive est obligé à le réparer. Chaque délinquant est tenu du dommage causé par sa faute. Or, la faute, c'est le délit ou le quasi-délit. Tous les délinquants sont donc tenus de tout le dommage ; ils sont donc tenus solidairement. (Sourdat, T. I, n° 475.)

Ajoutons que, dans ce cas la solidarité serait imparfaite, c'est-à-dire que la partie lésée qui a obtenu des dommages-intérêts, pourra en poursuivre l'exécution pour le tout contre l'un ou l'autre des notaires (1200 C. civ.) ; mais là s'arrêtera son droit. Il n'existe, en effet, aucun lien, aucune association entre ces deux débiteurs : ils sont tenus *in solidum* ; ils ne sont pas mandataires ou représentants l'un de l'autre, ni à l'effet de recevoir les poursuites du créancier, ni à l'effet de perpétuer l'obligation comme cela a lieu au cas de solidarité parfaite. (1205, 1206, 1207 C. civ., Demolombe, T. XXVI, n^os^ 288, 295 et suivants.)

Si, des deux notaires déclarés responsables d'un placement hypothécaire, l'un, agissant comme mandataire ou gérant d'affaires du prêteur, a commis une faute en acceptant de bonne foi pour garantie du prêt des immeubles dont il n'avait pas vérifié l'état hypothécaire, tandis que l'autre, agissant dans l'intérêt de l'emprunteur, s'est rendu complice d'une fraude en dissimulant au prêteur et à son notaire la véritable situation hypothécaire, les juges doivent-ils les condamner conjointement et solidairement au paiement des dommages-intérêts accordés au prêteur ?

La Cour d'Orléans s'est prononcée dans le sens de l'affirmative par son arrêt du 10 décembre 1875, et la Chambre des requêtes a ratifié cette décision en rejetant le pourvoi dont cet arrêt avait été l'objet (Cass. req., 20 novembre 1876, S. 1878, 1, 273.)

Cette solution serait irréprochable si le notaire du prêteur et celui de l'emprunteur étaient tous les deux des tiers étrangers au prêteur lui-même, qui, par un ou plusieurs faits dommageables, lui auraient causé un même préjudice ; car il est admis par la jurisprudence que les auteurs d'un même quasi-délit consistant en plusieurs faits dont le résultat est indivisible, doivent solidairement réparer le dommage causé, bien qu'il n'ait existé entre eux, ni concert, ni même communauté d'intérêts. (Conf. Aubry et Rau, T. 4, p. 23.)

Mais le notaire de l'emprunteur ayant traité avec son collègue, mandataire du prêteur, est censé avoir négocié directement le placement avec le prêteur en personne. Or, si ce dernier, après avoir fait lui-même l'opération, subissait un préjudice imputable autant à sa propre imprudence qu'au dol commis par le notaire de l'emprunteur, il n'aurait droit qu'à une réparation partielle ; cela est incontestable, pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas actuel ? Que l'imprudence ait été commise par le notaire du prêteur ou par le prêteur lui-même, si elle est une des causes du préjudice subi, le notaire de l'emprunteur ne saurait en être déclaré totalement responsable.

Nous croyons donc que les deux notaires auraient

dû être condamnés individuellement et partiellement suivant une répartition indiquée par le juge : car le notaire du prêteur doit une partie des dommages-intérêts en vertu de l'article 1992, tandis que le notaire de l'emprunteur devait l'autre partie en vertu de de l'article 1382. — (Conf. Bonnet, *loc. cit.*, p. 53).

Lorsque la faute est commune au notaire et à un tiers, la condamnation aux dommages-intérêts peut être prononcée solidairement contre eux suivant les principes ci-dessus exposés.

C'est ainsi que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rennes, confirmatif d'un jugement du tribunal de Quimperlé, qui, après avoir reconnu la nullité d'un acte de prêt hypothécaire passé devant M° T., en vertu d'une procuration signée d'un faussaire, avait condamné à réparer le préjudice causé, chacun pour partie, mais solidairement entre eux, le tiers P., intermédiaire du prêt, et le notaire B., qui avait rédigé la procuration sans s'assurer de l'identité du signataire.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que c'est à bon droit que l'arrêt attaqué déclare que M° B., a contrevenu aux prescriptions de l'art. 11 de la loi du 25 ventôse an XI, aussi bien qu'aux règles de la prudence, et qu'en le condamnant à réparer le préjudice résultant de la faute ainsi précisée, la Cour de Rennes... n'a fait qu'une juste application de l'art. 11 de la loi du 25 ventôse an XI et des articles 1382, 1383 du Code civil.

« Attendu que les condamnations prononcées

contre B. et P., l'ayant été à titre de dommages-intérêts à raison de fautes commises, l'arrêt attaqué a pu, sans violer l'art. 1202 du Code civil, les condamner solidairement (Cass., 18 novembre 1885, Dalloz, 1886, 1 398).

Par suite des relations fréquentes qui unissent les notaires et les conservateurs des hypothèques, il arrive qu'une erreur commune peut leur être reprochée : dans ce cas, les tribunaux leur ont imposé une responsabilité qui les a également frappés.

Ainsi un arrêt de la Cour de Lyon du 13 avril 1832, tout en déclarant que les notaires sont responsables du préjudice causé par la radiation indûment faite d'une inscription par suite d'une erreur de numéro dans leurs actes, ajoute que les conservateurs sont solidairement responsables avec eux, lorsqu'ils ont pu, par la simple lecture en son entier de l'acte produit, reconnaître l'erreur et ne point consommer la radiation de l'hypothéque en prenant des informations auprès des parties. — Cependant, il y a atténuation de cette responsabilité, lorsque le bénéficiaire de l'inscription indûment rayée, quoique présent à l'acte, n'a pas relevé l'erreur commise. Dans ce cas, en effet, la faute peut être déclarée commune au notaire, au conservateur et à la partie elle-même, qui aurait pu s'apercevoir à la lecture de l'acte d'une erreur matérielle, portant uniquement sur la désignation du numéro (Voir aussi Cassation, 19 avril 1836, Sir, 36, 1, 562).

SECTION III

Droit de contrôle de la Cour de cassation

Lorsque les juges ont condamné le notaire à payer des dommages-intérêts parce que, soit comme officier public, soit comme mandataire, il avait commis vis-à-vis de son client une des fautes prévues par les articles 1382, 1383 et 1992 du Code civil, dans quelle mesure la Cour de cassation exerce-t-elle son droit de contrôle sur leurs appréciations, et sur quels points peut-elle réviser les décisions qui prononcent la responsabilité ?

Toute condamnation à des dommages-intérêts suppose une triple opération. Les juges doivent, en effet: 1° constater l'existence des faits qui leur sont déférés ; 2° décider s'ils constituent une faute dommageable emportant la responsabilité de leur auteur ; 3° apprécier le montant des dommages-intérêts auxquels la personne coupable doit être condamnée.

Quant à la constatation des faits allégués, les juges ont un pouvoir d'appréciation souveraine, et ils peuvent former leur conviction à cet égard d'après de simples présomptions. Les tribunaux et les cours jugent souverainement les questions de fait engagées au procès ; car, en cette matière, il n'y a d'autres règles que celles de l'intelligence et de l'équité. Le droit de contrôle de la Cour suprême n'aurait pas ici de raison d'être. Le pouvoir discrétionnaire du juge en

cette matière n'est contesté ni en doctrine ni en jurisprudence.

Mais il appartient à la Cour de cassation de décider si les faits ainsi constatés constituent une faute qui puisse engager la rèsponsabilité du notaire. Il y a là une question de droit qui, après avoir été résolue par les juges du fait, doit être examinée de nouveau par les juges du droit (Mourlon, *Répétitions sur la procédure civile*, n° 690). La Cour de cassation ne fait qu'apprécier les conséquences légales des faits reconnus constants par les juges du fond, conformément à ses pouvoirs essentiels (Sourdat, *loc. cit.*, n° 461, et 464 *quater;* Cass., 28 janvier 1879, S., 79, I, 358).

Nous trouvons une affirmation de ces principes dans un arrêt de la Chambre des requêtes, à la date du 24 janvier 1887 (*Rev. not.*, n° 7572). « Attendu, dit cet arrêt, que si la qualification légale des faits est soumise au contrôle de la Cour de cassation, à laquelle il appartient de vérifier si, en droit, ils constituent une faute, les juges du fond ont le pouvoir de constater souverainement l'existence ou la non-existence des faits dont il s'agit. »

C'est par application de cette règle que la Cour suprême, dans un arrêt du 30 mai 1881, a cassé un jugement du Tribunal de Cambrai, le 11 avril 1879, qui avait considéré comme dommageables certains faits imputés à un notaire, mais sans préciser le caractère ni le degré de la faute. (Cass. civ., 30 mai 1881, D., 1881, I, 414. — Cass. civ., 10 janv. 1854, *J. Pal.*, 1854, 1, 508.)

Quant au chiffre des dommages-intérêts, il est souverainement arbitré par les juges du fond, en ce sens qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de modifier elle-même le montant des dommages-intérêts ni le mode de calcul. (Cass., 19 juin 1872, D., P., 1872, I, 346. — Cass., 28 décembre 1886, *J. du not.*, du 8 janvier 1887.)

C'est ainsi que la Chambre civile, dans un arrêt du 26 avril 1887 (*Rev. not.*, 7671) avait pu réduire la responsabilité du notaire au quart du préjudice réellement éprouvé par le prêteur, et cela, à raison des fautes commises par ce dernier.

Toutefois, la Cour de cassation peut et doit non seulement annuler, par voie de conséquence, la condamnation, si elle déclare la faute inexistante, mais aussi examiner, en cas de faute dûment constatée, si le notaire a pu être déclaré responsable totalement ou partiellement du préjudice subi par le prêteur. Ainsi, elle pourrait casser un arrêt qui, après avoir constaté qu'une partie seulement des faits dommageables était imputable au notaire, le condamnerait à indemniser la personne lésée de la totalité du préjudice (*Sic :* Demolombe, *Obligations*, T. 1, n° 597). Cette doctrine a été implicitement consacrée par l'arrêt précité du 30 mai 1881, portant cassation d'un jugement qui, après avoir constaté une faute commise par le prêteur lui-même, avait néanmoins condamné le notaire à l'indemniser de la totalité du préjudice résultant de l'insuffisance de la garantie hypothécaire.

La Cour suprême n'a pas toujours rempli fidèle-

ment cette mission. De nombreux arrêts ont confondu la constatation du fait et l'appréciation de la faute, et ont laissé aux cours et aux tribunaux, sur ces deux points, un égal pouvoir d'appréciation.

Nous citerons cependant un arrêt du 7 janvier 1878, qui, suivant la marche ci-dessus indiquée, rappelle d'abord les faits souverainement constatés par les juges, reconnaît qu'ils constituent véritablement une faute, et sanctionne la condamnation à des dommages-intérêts comme étant proportionnelle aux causes de responsabilité retenues à la charge du notaire (Cass. req., 7 janvier 1878, D., 78, 1, 158).

Tel est encore l'arrêt plus récent du 25 janvier 1887 (D., 87, 1, 473). Dans cette décision, que nous avons critiquée à un autre point de vue, en ce qu'elle reconnaît au juge le pouvoir souverain de déduire des circonstances de la cause l'existence d'un mandat, la Cour de cassation exerce, au contraire, régulièrement son droit de contrôle en ce qui concerne la qualification légale des faits constitutifs d'une faute reprochée au notaire.

SECTION IV

Exercice de l'action en responsabilité

L'action en responsabilité est soumise aux règles ordinaires de la procédure : nous n'avons pas à les tracer ici ; nous exposerons seulement les particularités qu'elle présente, quand elle est intentée pour les causes ci-dessus déterminées.

§ 1er

CONTRE QUI PEUT-ELLE ÊTRE INTENTÉE ?

Que le notaire auteur de la faute préjudiciable puisse être actionné en dommages-intérêts, cela est évident ; car il doit répondre personnellement du dommage qu'il a causé.

Mais l'action peut-elle être exercée contre ses héritiers ?

Dans l'ancien droit, les héritiers ne pouvaient être poursuivis à raison des faits de leur auteur, à moins qu'ils n'en eussent retiré un profit, ou que l'instance n'eût été engagée de son vivant. Dans le premier cas, on appliquait la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; dans le second, l'action intentée avant le décès figurait au passif de la succession, et l'héritier, prévenu du danger par les actes de la procédure commencée, pouvait, en connaissance de cause, prendre parti sur l'acceptation ou la répudiation de l'hérédité.

Le droit moderne adopte un autre système. Les héritiers succèdent aux droits et aux obligations de leur auteur (art. 724. C. civ.). L'action civile pour la réparation du dommage peut être exercée contre le prévenu et contre ses représentants (art. 2. C. I. c.). Cette responsabilité des héritiers ainsi limitée aux réparations civiles est équitable : car celui qui recueille les biens d'une succession doit en supporter les charges « Ubi emolumentum, ibi onus ». Si l'hé-

ritier n'ose assumer une pareille responsabilité, il peut accepter la succession sous bénéfice d'inventaire.

Mais l'équité exige que les tribunaux montrent beaucoup de modération et une grande indulgence en faveur des héritiers, qui manqueront souvent de renseignements nécessaires sur des faits passés depuis longtemps, et qui ne connaitront qu'imparfaitement les circonstances de l'affaire. Ainsi la justice déjouera un calcul qui serait à craindre, et qui consisterait, de la part des demandeurs, à attendre le décès du notaire pour écarter les justifications qu'il aurait pu faire valoir personnellement.

D'ailleurs, les héritiers ne sont pas tenus solidairement du paiement des dommages-intérêts prononcés contre eux du chef de leur auteur ; car la condamnation a pour objet une somme d'argent qui est divisible, et ils ne se trouvent dans aucun des cas de solidarité légale. Mais ils peuvent être condamnés solidairement aux dépens de l'instance, si la condamnation est prononcée contre eux à titre de dommages-intérêts)Douai, 19 janvier 1887., *Rev. not.*, 7620.— Eloy, T. II, n° 948).

§ 2

PRESCRIPTION DE L'ACTION

L'action en responsabilité contre un notaire n'ayant pas été limitée à un temps plus court peut être exercée pendant 30 ans, conformément à la règle générale de l'article 2262 du Code civil.

Mais quel est le point de départ de cette prescription?

La plupart des auteurs enseignent que la prescription de l'action en dommages-intérêts contre un notaire commence à courir, non pas du jour de la faute ou de la négligence commise par le notaire, mais de l'époque où l'acte a été déclaré nul, du jour où le client a éprouvé réellement un dommage. (Rolland de Villargues, V° *resp. des not*, n° 269. — Pagès, *resp. des not.*, n° 247.— Eloy, *loc. cit.*, n°964 et suivants.— Vergé, *loc. cit*, n° 240.

La première condition nécessaire pour réussir dans une action en responsabilité est d'établir l'existence d'un préjudice: pas d'intérêt, pas d'action. La faute du notaire peut être commise depuis longtemps; mais l'action en responsabilité n'a de raison d'être que du jour où cette faute produit son effet en occasionnant un préjudice. « Donc point d'action tant que le grief n'existe pas.... Ce n'est pas du grief possible que réparation est due, c'est du grief établi » (Eloy. *loc. cit.* n° 965).

Dans ce sens, la Cour de Chambéry, dans un arrêt du 9 janvier 1884 (D., 1884, 2, 62), a décidé que la prescription de l'action en responsabilité contre un notaire, à raison de la nullité d'une donation dont il avait rédigé la minute sans annexer l'état estimatif des meubles prescrit par l'article 948, ne court que de l'époque où, la donation ayant été déclarée nulle, le donataire a eu intérêt à recourir contre le notaire (Voir dans le même sens un arrêt de la Cour de Poitiers, du 2 février 1825.— S. Chron.)

« Attendu, dit la Cour de Chambéry, que la prescription ne court pas à l'encontre de ceux qui ne peuvent agir pour l'interrompre et pour sauvegarder leurs droits ; que l'art. 2391 du Code civil sarde (2257 C. civ. français) consacre cette règle par l'application qu'il en fait dans trois cas déterminés, savoir : aux créances conditionnelles, aux actions en garantie et aux créances à jour fixe ; mais que la jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître que cette énumération n'est pas limitative ».

La Cour de Poitiers s'appuie également sur l'article 2257 du Code civil pour suspendre la prescription jusqu'au jour où, l'acte ayant été déclaré nul, le donataire a éprouvé réellement un préjudice.

Cette doctrine a été vivement critiquée : elle peut faire peser sur le notaire ou sur ses héritiers une responsabilité parfois séculaire à raison d'une simple faute, d'une négligence, tandis que l'action publique et l'action civile nées d'un crime ou d'un délit se prescrivent par 10 ans ou par 3 ans, à partir du jour où ces infractions ont été commises, ou de l'époque du dernier acte d'instruction et de poursuite (art. 637 et 638, C. I. C.).

Cette considération est juste en fait ; mais on ne peut invoquer, en matière civile, une disposition spéciale au droit pénal, fondée sur la nécessité de circonscrire le nombre des affaires criminelles et de limiter l'action publique à un délai dans lequel elle puisse s'exercer sans trop de difficultés (Pagès, *loc. cit.*, p. 249).

Sans doute, cette solution laissera bien longtemps

dans l'incertitude le notaire et ses héritiers ; mais c'est un inconvénient que le législateur a également prévu et accepté dans certains cas analogues. L'article 1304 (C. civ.) ne fait courir la prescription de l'action en nullité ou en rescision d'une convention, au cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par l'interdit, la prescription ne court que du jour de la levée de l'interdiction. De même, pour les obligations contractées par un mineur, l'action en nullité peut être intentée pendant dix ans, à partir de sa majorité.

Une seconde opinion, qui nous paraît plus juridique, prend pour point de départ de la prescription le jour même de la faute ou de l'irrégularité commise par le notaire.

Rien n'empêche la partie intéressée, donataire ou prêteur, de demander immédiatement une expédition de l'acte, de vérifier ainsi l'exactitude des énonciations qu'il porte, de s'assurer de la validité de son titre et, en cas d'irrégularité commise, d'actionner le notaire, sinon pour le contraindre à lui procurer un titre valable, du moins pour faire constater la faute, et demander acte au tribunal de ses réserves quant à la condamnation. Nous avons vu un exemple d'une pareille action, intentée pour défaut de renouvellement d'une inscription hypothécaire (Cass. req , 5 janvier 1852, *J. Pal.*, 1852, 1, 38).

Sans doute, l'intérêt est la condition essentielle de l'exercice d'une action. Mais il suffit d'un intérêt né et actuel, il n'est pas nécessaire qu'un préjudice soit réalisé : on peut légitimement agir pour préve-

nir un préjudice futur, éventuel même ; et, dans cet ordre d'idées, ne voyons-nous pas la loi autoriser un créancier à réclamer le renouvellement d'un titre de rente après vingt-huit ans, en vue d'éviter la prescription qu'on pourrait lui opposer plus tard (art. 2263)? (Mourlon et Naquet, *Répétitions sur la Procédure*, n° 181 de la 5e édition.)

C'est en vain qu'avec la Cour de Chambéry, on objecte la règle « Contra non valentem agere non currit præscriptio », pour soutenir que « la prescription ne court pas à l'encontre de ceux qui ne peuvent agir pour l'interrompre et pour sauvegarder leurs droits ».

Cette règle, qui donnerait au juge un pouvoir arbitraire, était, dans notre ancien droit, la source de nombreux abus.

Le législateur moderne ne l'ignorait pas, et il a voulu les proscrire en posant un principe tout à fait contraire : « La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi (2251 C. civ.).»

Or, aucune disposition expresse de nos lois ne suspend la prescription dans notre hypothèse ; et c'est en vain qu'on invoque par analogie l'art. 2257 du Code civil, aux termes duquel « la prescription ne court point, à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive, — à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu, — à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que le jour soit arrivé ».

On a prétendu, en effet, mais à tort, que cet ar-

ticle est une application de l'ancienne règle citée plus haut. Cette maxime ne signifie pas que la prescription ne peut pas courir contre celui qui n'a pas encore d'action : elle veut dire que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité de l'interrompre. Or, telle n'est pas la situation du créancier conditionnel ou à terme ; en supposant que la prescription courût contre lui, il aurait le droit et les moyens de l'interrompre : il en aurait le droit ; car l'interruption de la prescription est un acte conservatoire, qui demeure permis à ce titre à un créancier conditionnel (arg., art. 1180) et, à plus forte raison, à un créancier à terme. Il en aurait les moyens ; car, s'il ne peut pas, *pendente conditione aut die*, exercer contre le débiteur une action en justice tendant à obtenir une condamnation au paiement de la dette, il pourrait du moins obtenir de lui une reconnaissance volontaire ou forcée de son droit, et une semblable reconnaissance est interruptive de la prescription. (Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, T. III, n° 1643.)

Par conséquent, si la prescription ne court pas contre le créancier conditionnel ou à terme, c'est parce que son action n'est pas encore née : avant la réalisation de la condition ou l'arrivée du terme, le créancier a bien un droit, mais il n'a pas encore d'action ; et par suite la prescription, ayant été instituée pour mettre fin aux actions, ne se conçoit pas là où il n'y a pas d'action. C'est donc une erreur de croire que l'article 2257 fait une application de cette maxime telle que nous l'avons définie.

Entendue en ce sens que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité de l'interrompre, cette règle est proscrite en principe par l'article 2251, et elle n'apparaît même pas à titre d'exception dans l'article 2257 : on ne saurait donc invoquer une prétendue analogie pour suspendre la prescription en faveur du prêteur ou du donataire qui omet d'agir contre le notaire rédacteur d'un acte irrégulier.

Cependant, telle est la force de la tradition que les tribunaux n'ont pas pu se résoudre à appliquer franchement la loi. A entendre les échos du Palais, il semble que la maxime « contra non valentem agere non currit præscriptio », soit encore en pleine vigueur. La jurisprudence en fait notamment l'application dans le cas où celui à qui la prescription est opposée, avait une *juste cause d'ignorer son droit.*

La Cour de cassation admet, en effet, sur la question que nous nous sommes posée, un système intermédiaire. Dans une espèce où il s'agissait précisément de la nullité d'une constitution d'hypothèque, elle a décidé que le point de départ de l'action en responsabilité intentée contre le notaire se place au jour même de la réception de l'acte, s'il s'agit d'un vice de forme que le créancier aurait dû ou pu immédiatement connaître ; mais il se place seulement au jour où l'action du créancier hypothécaire a été rejetée, s'il s'agit d'un vice non apparent.

Voici l'hypothèse : un notaire reçoit un contrat de remplacement militaire contenant constitution d'hypothèque pour garantir le paiement du prix ; il se

trouve que l'acte est nul parce que le débiteur n'est pas propriétaire de l'immeuble hypothéqué ; car le fonds appartient à la femme du débiteur, et celle-ci n'a pas comparu au contrat. De là une action en responsabilité contre le notaire.

Cette responsabilité n'est guère douteuse en droit. « Le premier devoir du notaire, a dit la Cour de Paris, quand il reçoit une constitution d'hypothèque, est d'interroger avec scrupule les titres de propriété des immeubles hypothéqués et de constater, par un examen personnel, s'ils appartiennent au débiteur ; s'il manque à ce devoir inhérent à son ministère, il compromet les intérêts des parties, il engage sa responsabilité. » Sur ce point, la Cour de cassation était d'accord avec l'arrêt attaqué ; il y avait faute préjudiciable, donc responsabilité.

Mais le notaire invoquait la prescription : l'acte datait du 12 août 1813, la créance était échue en 1819,et l'action en dommages-intérêts n'avait été dirigée contre les héritiers du notaire qu'en 1853, c'est-à-dire plus de trente ans après l'échéance de la créance. La Cour de Paris déclara que la prescription avait commencé en 1819, au jour de l'exigibilité, et par suite, que l'action était éteinte.

Sur le pourvoi, l'arrêt a été cassé après délibéré en chambre de conseil. « Vu l'article 2257 C. civ., ainsi conçu... Attendu que le motif de ces dispositions est que, dans les cas qu'elles prévoient, le créancier ne peut agir tant que le fait auquel son droit et son action sont subordonnés, ne s'est pas réalisé. Que le même motif existe toutes les fois

que le créancier peut *raisonnablement*, et aux yeux de la loi, *ignorer l'existence du fait* qui donne naissance à son droit et à son intérêt et, par suite, ouverture à son action... Attendu que, dans l'espèce, la faute imputable au notaire n'était pas un vice de forme que le créancier aurait pu et dû reconnaître à l'instant même, immédiatement après la vérification de l'acte (Cass. civ., 27 mai 1857, D. P., 57, 1, 290).

L'ignorance plausible du droit est donc une cause de suspension de la prescription. Mais cette exception tend à détruire la règle en grande partie. En général, ce ne sont pas ceux qui ont connaissance de leur droit qui le laissent prescrire, ce sont ceux qui l'ignorent; et, avec quelque bonne volonté, on peut toujours trouver un motif plausible à leur ignorance : d'autant plus que la notion de la juste cause est ici nécessairement arbitraire, puisque la loi ne l'a pas définie et qu'elle n'en parle même pas (Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*, T. III, n° 1629).

Au surplus, voici en quels termes M. Laurent critique l'argumentation de la Cour suprême. « D'abord l'interprétation que la Cour donne à l'article 2257 n'est pas exacte : cette disposition n'établit pas une suspension de la prescription fondée sur ce que le créancier ne peut agir; la prescription, dans les cas qu'elle prévoit, est impossible tant que la condition est en suspens, ou que le terme n'est point échu, parce qu'il n'y a pas de prescription quand il n'y a pas d'action, tandis que la suspension de

la prescription suppose qu'il y a une action. Telle était, dans l'espèce, l'action en responsabilité contre le notaire. Le créancier pouvait agir contre le notaire, l'action était née ; s'il n'a pas agi, c'est qu'il ignorait le droit qui lui appartenait... Or, de l'aveu de tous, l'ignorance n'empêche pas la prescription. La Cour de cassation elle-même le reconnait... La distinction que la Cour fait entre les vices apparents et les vices extrinsèques est très équitable ; mais elle n'est fondée sur aucune loi et sur aucun principe. Dans un cas, l'ignorance est excusable, dans l'autre elle ne l'est pas. Soit ; mais où est-il dit que l'ignorance excusable empêche le cours de la prescription ? C'est créer une cause de suspension que la loi ne connaît point, et qui n'a rien de commun avec la disposition de l'article 2257, que la Cour invoque à titre d'analogie » (Laurent, *Principes du Droit civil français*, T. 32, n° 43).

§ 3

TRIBUNAL COMPÉTENT

L'action en responsabilité est personnelle mobilière ; elle peut être exercée directement et principalement ou se présenter, sous forme d'action en garantie, accessoirement à une autre action. Mais, dans tous les cas, elle est de la compétence exclusive du tribunal civil de première instance de la résidence du notaire. L'article 53 de la loi du 25 ventôse an XI est formel. « Toutes suspensions, destitutions, condamnations d'amende et

dommages-intérêts seront prononcées contre les notaires par le tribunal civil de leur résidence, à la poursuite et diligence du commissaire du gouvernement. — Ces jugements sont sujets à l'appel et exécutoires par provision, excepté quant aux condamnations pécuniaires. »

En ce qui concerne notre sujet, il résulte de cette disposition que c'est le tribunal de première instance de la résidence du notaire qui doit statuer sur les demandes en dommages-intérêts, que ce jugement est susceptible d'appel et n'est pas exécutoire par provision. Suivant le droit commun, l'article 53 laisse aux notaires la garantie des deux degrés de juridiction ; mais, par une dérogation aux règles ordinaires, l'appel est recevable, encore bien qu'il s'agisse d'une somme inférieure au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance (Cass., 16 mai 1825, S., 26, 225).

Par exception au droit commun, les jugements de condamnation sont exécutoires par provision ; car l'ordre public est intéressé à ce que le notaire ainsi condamné ne puisse continuer ses fonctions, en se prévalant de l'effet suspensif de l'appel. Mais, faute des mêmes motifs, le jugement qui condamne le notaire à payer des dommages-intérêts réclamés par un particulier est soumis à la règle générale de l'appel suspensif.

Quelle est la portée de l'article 53, quand il dit que c'est le tribunal de première instance du domicile du notaire qui prononcera sur les demandes en dommages-intérêts ?

Comme la doctrine et la jurisprudence en général, nous voyons dans cette disposition une règle spéciale aux notaires, attribuant une compétence exclusive, absolue, au tribunal d'arrondissement. L'art. 53 accorde ainsi une garantie particulière aux parties et au notaire lui-même ; car ce sont les juges de sa résidence qui connaissent le mieux les antécédents du notaire, ses relations avec ses clients, ainsi que les usages particuliers aux notaires du même ressort. L'action en responsabilité exige une appréciation souvent fort délicate des circonstances qui accompagnent la faute : ce qui explique la faculté accordée dans tous les cas aux notaires de comparaître devant « leurs juges naturels ».

Cette attribution de compétence, faite par l'art. 53 de la loi de ventôse au tribunal de la résidence du notaire, étant absolue, ne permet pas d'employer la voie incidente de garantie pour détourner l'officier public de son véritable juge ; à plus forte raison, s'il s'agissait d'appeler le notaire en garantie devant une juridiction d'exception. Les juges de paix sont incompétents pour statuer sur la demande en dommages-intérêts, quel qu'en soit le montant.

La Cour de cassation a constamment décidé que la question de responsabilité d'un officier public était de pur droit civil, que les tribunaux de commerce étaient incompétents pour en connaître, et que cette incompétence absolue pouvait être opposée pour la première fois en cassation (Cass. civ., 16 mai 1816, *J. G.* v° *Compétence commerciale*).

Dans un autre système qui invoque un arrêt de la Cour suprême du 2 mars 1846 (D. P., 1846, 1, 193), on interprète différemment l'article 53 de la loi de ventôse en faisant la distinction suivante. Lorsqu'elle se trouve jointe à une action disciplinaire, et parce qu'elle est jointe à une action qui intéresse l'ordre public, l'action en dommages-intérêts doit être portée devant le tribunal de la résidence du notaire inculpé, conformément à la loi de ventôse. Au contraire, lorsque l'action en dommages-intérêts n'est pas jointe à une action disciplinaire, elle reste soumise au droit commun et doit être, conformément à l'article 59 du Code de procédure civile, portée devant le tribunal du domicile du défendeur si elle est principale, et devant le juge saisi de la demande originaire si elle est exercée par voie de garantie.

Cette théorie est contraire au texte et à l'esprit de la loi de ventôse, qui voulait accorder une garantie au notaire. « Le projet, disait le tribun Favard au Tribunat, dans la séance du 21 ventôse an XI, défère aux tribunaux la connaissance des suspensions, destitutions, condamnations d'amende et dommages-intérêts auxquels les notaires se trouvent exposés dans les cas prévus par la loi. Il n'était pas possible de leur accorder une *sauvegarde plus rassurante* contre toute espèce d'acte arbitraire. L'impartialité qui doit siéger dans les tribunaux, leur fera discerner le coupable de l'innocent que l'on voudrait persécuter. »

On a voulu accorder au notaire « une sauvegarde rassurante » dans tous les cas prévus par l'art. 53,

qui ne distingue pas suivant que l'action en dommages-intérêts intentée par la partie intéressée est jointe ou non à l'action disciplinaire.

D'ailleurs, la Chambre des requêtes, statuant par voie de règlement de juges le 29 juin 1881, s'est écartée avec raison de la jurisprudence consacrée par l'arrêt du 2 mars 1846, en décidant que l'action dirigée contre un notaire, à raison du préjudice causé par sa faute ou sa négligence, est une action directe et principale en dommages-intérêts qui doit être portée devant le tribunal civil de son domicile, et ne saurait être déférée, sous forme de demande en garantie, à un autre tribunal saisi d'une instance en liquidation avec laquelle elle n'a aucun lien nécessaire (Cass., 29 juin 1881, D., 82, 1, 61).

De même, lorsqu'un créancier hypothécaire est menacé dans un ordre de ne pas venir en rang utile pour la totalité de sa créance, il ne peut appeler, devant le tribunal saisi du règlement de l'ordre, le notaire auquel il impute la responsabilité de ce placement (Cass., 4 juillet 1860, D., 60, 1, 283).

L'action en responsabilité intentée contre un notaire, pour insuffisance prétendue des sûretés hypothécaires stipulées dans un acte de prêt, n'est pas une action en garantie essentiellement liée et subordonnée au résultat de l'ordre ouvert sur les biens hypothéqués. Dès lors, il n'y a pas lieu nécessairement de surseoir au jugement d'une telle action jusqu'après l'issue définitive de la procédure d'ordre (Bordeaux, 6 février 1865, *Rev. not.*, n° 1429).

§ 4

VOIES D'EXÉCUTION

Le notaire condamné est soumis aux voies ordinaires d'exécution. De plus, avant 1867, il pouvait être soumis à la contrainte par corps. En effet, aux termes de l'article 2060 n° 7 du Codè civil, « la contrainte par corps a lieu contre les notaires, les avoués et les huissiers pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers par eux reçus pour leurs clients par suite de leurs fonctions? Mais, la loi du 22 juillet 1867 (art. 4 et 5) ayant aboli la contrainte par corps en matière civile, ce moyen ne peut plus être employé que si le fait reproché au notaire revêt les caractères d'un délit ou d'un crime, par exemple, en cas de détournement frauduleux.

Celui qui a obtenu une condamnation en dommages-intérêts contre le notaire, peut aussi exercer un privilège sur le cautionnement. L'article 33 de la loi de ventôse assujétit, en effet, les notaires « à un cautionnement, qui sera spécialement affecté à la garantie des condamnations prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions. » D'autre part, l'art. 2102, énumérant les créances privilégiées sur certains meubles, cite dans son § 7 « les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui en peuvent être dûs. » Les termes

employés par cet article, et cette considération que les privilèges sont avant tout de droit strict, légitiment complètement les décisions unanimes de la jurisprudence, qui n'accordent le privilège que s'il y a « fait de charge. » Or la jurisprudence ne reconnaît cette qualité de fait de charges qu'aux actes pour lesquels le créancier a dû, conformément à la loi, employer le ministère du notaire, et non aux opérations qui ne sont que le résultat d'une confiance toute spontanée, accordée au notaire en dehors de l'exercice légal de ses fonctions. Ainsi il y aura fait de charge pour le détournement des sommes destinées à l'acquittement des droits d'enregistrement, parce qu'il n'y a pas là un dépôt volontaire de la part du client. Au contraire, les sommes qu'on lui remet pour opérer un placement constituent un dépôt volontaire, justifié seulement par une confiance qu'on aurait pu accorder à toute autre personne : leur détournement ne donne pas lieu à l'exercice du privilège.

D'ailleurs, ce privilège est un droit exceptionnel ; il ne peut s'exercer que sur le cautionnement, et non sur le prix de cession de l'office : sur ce prix, les créanciers pour faits de charge subiraient le concours des autres créanciers. Enfin, conformément à l'article 2097 du C. civ., tous les créanciers privilégiés viennent en concours sur le cautionnement.

Les créanciers non privilégiés peuvent, eux aussi, être payés sur le cautionnement ; mais ils ne sont admis que subsidiairement, aux termes de la loi du 25 nivôse an XIII. « Les cautionnements fournis par

les agents de change..... sont comme ceux des notaires affectés, par premier privilège, à la garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions ; par second privilège, au remboursement des fonds qui leur auraient été prêtés pour tout ou partie de leur cautionnement; et subsidiairement, au paiement dans l'ordre ordinaire, des créances particulières qui seraient exigées sur eux » (art. 1). « Les réclamants, aux termes de l'article précédent, seront admis à faire sur ces cautionnements des oppositions motivées, soit directement à la caisse d'amortissement, soit aux greffes des tribunaux dans le ressort desquels les titulaires exercent leurs fonctions ; savoir, pour les notaires... au greffe des tribunaux civils... » (art. 2).

La doctrine et la jurisprudence refusent aux créanciers non privilégiés le droit de se faire distribuer le capital du cautionnement avant la cessation des fonctions du notaire : jusque-là, ils ne peuvent se faire payer que sur les intérêts (Grenoble, 15 février 1823). Cette solution était imposée par l'esprit de la loi : ce n'est pas en faveur et pour la garantie de ces créanciers que le cautionnement est établi, et il ne doit devenir leur gage qu'au moment où il a cessé d'être nécessaire à la destination que la loi lui a donnée.

SECTION V

Clauses préventives

Les notaires doivent, sous leur responsabilité, éclairer les parties sur les conséquences juridiques

des actes qu'ils reçoivent, leur faire connaître la véritable situation hypothécaire des biens affectés à la garantie du placement proposé, l'origine de propriété et toutes les causes qui, d'après les actes ou les faits dont ils ont connaissance, peuvent porter atteinte à la capacité ou à la solvabilité des autres parties contractantes ; ils doivent, de plus, lorsqu'ils sont mandataires ou gérants d'affaires du prêteur, veiller à l'accomplissement des formalités postérieures à l'acte instrumentaire, telles que les inscriptions, les significations, qui sont nécessaires pour assurer l'efficacité des droits du créancier.

Mais ils ne peuvent pas substituer leur volonté à celle des parties. La loi n'interdit pas aux personnes qui prêtent de l'argent à un parent ou à un ami de négliger les garanties ou les avantages qu'elle accorde ou qu'elle permet de stipuler. Et même, chaque jour, il arrive que les parties se refusent à faire inscrire l'hypothèque constituée, ou à faire les significations utiles, malgré les instances réitérées du notaire, et cela, généralement pour éviter des frais. Si elles méprisent ses avertissements et ses conseils, et persistent à réaliser un placement préjudiciable à l'une d'elles, l'officier public soucieux de son repos comme de sa dignité n'a-t-il aucune ressource pour mettre sa responsabilité absolument à couvert, et empêcher que la justice ne lui impute les témérités, les imprudences commises par les parties elles-mêmes ?

Malgré le danger qu'il court, nous savons qu'il ne peut refuser son ministère pour des actes qui cependant compromettent évidemment à ses yeux les

intérêts des parties. En effet, aux termes de l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI, « les notaires sont tenus de prêter leur ministère quand ils en sont requis ». Or, la loi ne dit pas lorsqu'ils en sont requis par des personnes sages, prudentes et avisées, mais simplement lorsqu'ils en sont requis, c'est-à-dire, comme l'énonçait en propres termes le projet adopté en l'an VIII par le conseil des Cinq-Cents, « lorsqu'ils en sont requis par des personnes en état de contracter et pour des actes licites » (conf. Alph. Lefebvre, *Traité de discipline notariale*, n° 317 et suivants).

Le notaire ne peut donc refuser son ministère aux personnes qui le requièrent pour passer des actes, licites d'ailleurs, mais plus ou moins conformes aux règles de la prudence humaine. Si les clients ne tiennent pas compte de ses conseils, s'ils passent outre, n'est-il pas permis au notaire de constater leurs intentions, sur ce point comme sur tous les autres, en insérant, dans l'acte reçu par lui, une clause destinée aussi à mettre sa responsabilité à couvert. Ces clauses dites préventives ou d'exonération qui mentionnent que les parties, éclairées sur les conséquences dangereuses de cet acte, n'ont pas craint néanmoins de s'y exposer, ont-elles quelque valeur, mettent-elles le notaire à l'abri de toute action en responsabilité ? Le notaire sera-t-il écouté lorsque, poursuivi par son client devant le tribunal, il viendra dire : « J'ai donné aux parties les explications ou les conseils que mes devoirs professionnels ou ma qualité de mandataire m'obligeaient à donner. J'ai appelé leur attention sur les conséquences fâcheuses qui pouvaient

résulter d'un défaut d'inscription et de signification, ou d'un versement de fonds effectué avant l'accomplissement des formalités hypothécaires ; elles ont voulu passer outre. La déclaration écrite dans mon acte, et signée par elles, l'atteste et devient ainsi pour moi une décharge de responsabilité. »

Sur cette question, la doctrine et la jurisprudence sont loin d'être d'accord.

Abstraction faite de quelques rares décisions judiciaires qui ont admis la validité et l'efficacité de ces clauses (Paris, 15 mars 1870, *Rev. not.* 2711. — C. Metz, 17 juin 1863. *Rev. not.* n° 906. — Blaye 4 juin 1873. *Rev. not.*, n° 4438), la jurisprudence n'y voit que des mentions inutiles, impuissantes à atteindre le but proposé, et insuffisantes pour protéger la responsabilité des notaires.

Ainsi le décide la cour de Paris dans un arrêt du 27 août 1872, qui s'approprie les motifs des premiers juges : « En vain le notaire s'appuie sur la mention insérée dans son acte en ces termes : « Le présent prêt a été réalisé directement entre les parties, sans la participation du notaire, qui n'a été que le rédacteur des conventions. » — Qu'une pareille énonciation... ne peut en aucune façon le rédimer de l'obligation inhérente à ses fonctions, de tout faire pour que la garantie hypothécaire donnée dans l'acte ne soit pas illusoire. — Qu'il ne doit pas se retrancher derrière des clauses qui sembleraient convertir son rôle instrumentaire des actes en celui d'un rédacteur passif ; que de pareilles énonciations ne pourraient, en thèse générale, affranchir le notaire

de sa responsabilité ni des obligations de sa charge, surtout à l'égard des personnes illettrées... » (Paris, 27 août 1852, D. P., 54, 2, 75).

Dans un arrêt du 2 avril 1872 (D. P. 72, 1, 362), la Chambre civile, en affirmant l'inefficacité de ces clauses préventives, a nettement posé les principes qui motivaient une pareille décision. Pour plus de clarté, il importe de rappeler les faits.

Suivant acte notarié du 21 mars 1867, un sieur et une dame D... avaient vendu au sieur R... deux pièces de terre moyennant un prix de 2,100 francs payés comptant ; il était déclaré dans l'acte que ces immeubles appartenaient aux vendeurs en vertu d'une adjudication prononcée à leur profit, moyennant un prix qui était encore dû, puis venait la clause suivante :

« En outre, la présente vente est faite moyennant la somme de 2,100 francs de prix principal, que l'acquéreur, subissant la condition expresse des vendeurs, a voulu payer et a en effet présentement payé aux époux D..., qui le reconnaissent et en donnent quittance au sieur R..., et ce, après plus amples explications données par le notaire soussigné aux parties, qui le reconnaissent, sur la position des époux D... et les conséquences qui pourraient résulter de ce paiement fait avant régularité de position, et avant l'accomplissement des formalités hypothécaires. »

Cette mention, dont la sincérité était attestée par la signature de la partie intéressée elle-même, prouvait bien que c'était l'acquéreur qui avait voulu, de son propre mouvement, traiter avec les vendeurs dans

des conditions dont le notaire, suivant son devoir, lui avait montré les dangers.

Le notaire, qui ne pouvait refuser son ministère (art. 3, loi du 25 ventôse an XI), croyait du moins que ces énonciations formelles le mettaient à l'abri de toute action en responsabilité ; mais il se trompait. L'acquéreur, ayant été sommé de payer une seconde fois aux créanciers hypothécaires, appela le notaire en responsabilité. Le tribunal de Toulon (30 juin 1859, *Rev*, *not.*, 2572) et la Cour d'Aix (28 avril 1870, *Rev.*, *not.*, 2934) donnèrent successivement tort au notaire, par ce motif « qu'au lieu de cette clause équivoque qui était insérée dans l'acte, et relative aux explications qu'il aurait données aux parties sur la position des époux D... et les conséquences qui pouvaient résulter du paiement au comptant avant les formalités de la purge, il aurait dû indiquer explicitement le chiffre des hypothèques et ajouter que, dans cette situation, le paiement au comptant entraînerait pour R... l'obligation de payer deux fois. — Que, si tel eût été le langage de l'officier public, R... n'aurait assurément pas consenti à sacrifier à coup sûr ses intérêts. «

Ainsi donc, pour le tribunal et la cour d'appel, la mention ci-dessus transcrite était équivoque. La Cour de cassation, appelée à se prononcer sur le pourvoi formé par le notaire, lui donna également tort, mais en déclarant, non pas que la clause manquait de clarté, mais qu'elle était illicite et devait être, en conséquence, considérée comme nulle et non avenue.

« Attendu, dit la Cour suprême dans cet arrêt, que, si les notaires ne peuvent instrumenter pour les personnes qui sont leurs parents au degré déterminé par l'article 8 de la loi de ventôse an XI, ils ne peuvent, à plus forte raison, instrumenter pour eux-mêmes ; d'où il suit que les tribunaux ne sont pas liés d'une manière absolue par les déclarations que fait, à son profit et dans son intérêt, le notaire rédacteur d'un acte de vente, relativement à la responsabilité qui peut naître contre lui de la conduite qu'il a tenue ou des conseils qu'il a donnés, dans les circonstances qui ont précédé ou accompagné la passation de cet acte » (Cass. civ. rej., 2 avril 1872, D.P., 1872, 1, 362).

Ainsi donc, d'après cet arrêt, un notaire qui constate dans un acte avoir donné aux parties, « qui le reconnaissent », toutes les explications nécessaires pour les éclairer sur la nature et la portée de leurs engagements, et, pour sauvegarder leurs intérêts, viole l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI ; il instrumente pour lui-même.

Malgré l'autorité que doivent avoir les décisions de la Cour de cassation, nous n'hésitons pas à dire que cette doctrine est condamnée par le texte et par l'esprit de la loi, aussi bien que par les conséquences qu'elle entraîne.

Que dit, en effet, la loi de ventôse? Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. »

Est-il vraiment juridique de soutenir que la mention dont il s'agit contient une disposition au profit du notaire? Nous ne le croyons pas. Dans le langage du droit, le mot disposition ne désigne pas autre chose qu'une libéralité ; et notre conviction est qu'il s'attache nécessairement à cette expression une idée certaine de lucre, de gain, quelque modique que puisse être le bénéfice.

Tel est bien le sens que lui donnent les législateurs de l'an XI. « Pour conserver au notaire ce caractère de haute impartialité qui ne doit jamais les abandonner, pour les mettre à l'abri de tous les combats que l'intérêt livre à la probité (Exposé des motifs).

C'est encore ainsi que l'entendent les nombreux commentateurs de la loi de ventôse : à leurs yeux, pour qu'on puisse dire qu'un notaire a quelque intérêt dans un acte reçu par lui, il faut que l'intérêt soit actuel, c'est-à-dire né au moment de l'acte, et que la disposition attaquée soit attributive d'un droit, constitue un titre certain pour l'officier public (Rutgeerts et Amiaud, *Commentaire de la loi de ventôse*,, n° 295, note 2). Or on ne trouve dans l'espèce qui nous occupe aucune de ces deux conditions. L'intérêt prétendu est tout au plus conditionnel : il peut même ne jamais exister. En outre, la déclaration faite par les parties est bien plus la constatation d'un fait que la transmission d'un droit toujours éventuel.

Ne faut-il pas voir, dans l'article 8 de la loi de ventôse, la même préoccupation, la même pensée,

qui ont dicté l'article 909 du Code civil, avec cette différence toutefois que la prohibition ne s'applique pas seulement aux actes à titre gratuit, qu'elle embrasse aussi les actes à titre onéreux.

Il n'y a ici ni libéralité, ni faveur quelconque stipulée dans l'intérêt du notaire: il y a simplement une constatation signée des parties que le notaire a rempli vis-à-vis d'elles son devoir légal. Ce n'est donc pas le texte de la loi de ventôse qui prohibe une pareille déclaration.

Disons plus, cette clause est conforme à l'esprit général de la législation. Ne trouvons-nous pas, dans la loi de ventôse elle-même, une disposition qui oblige les notaires à faire de pareilles mentions pour constater l'accomplissement des formalités qu'elle prescrit, telles que la lecture de l'acte aux parties et leur signature (art. 14) ? De plus, la loi du 10 juillet 1850, dont le texte fait aujourd'hui partie de l'article 1394 du Code civil, contient la disposition suivante : « Le notaire donnera lecture aux parties du dernier alinéa du présent article, — Mention de cette lecture sera faite dans le contrat, à peine de 10 francs d'amende contre le notaire contrevenant » Est-il permis de croire que ces mentions, prescrites par la loi dans certains cas pour constater que le notaire a bien accompli son devoir légal, sont interdites par elle dans tous les autres cas ?

Est-ce autre chose qu'une clause d'exonération que la mention implicitement exigée par la jurisprudence elle-même dans les testaments, à l'effet de constater l'interpellation adressée par le notaire

aux témoins, pour s'assurer qu'ils réunissent les conditions d'aptitude requises par la loi.

Enfin, la doctrine de la Cour de cassation est condamnée par les conséquences qu'elle produit. En effet, si la clause préventive est contraire à l'art. 8 de la loi de ventôse, c'est l'acte entier qui doit être déclaré nul, aux termes de l'article 68 de la même loi. Dès lors, l'acte qui constate un prêt hypothécaire est radicalement nul, car, même revêtu de la signature des parties, il ne peut avoir la valeur d'un écrit sous seings privés. Cette mention destinée à constater l'accomplissement de son devoir professionnel ferait encourir au notaire une responsabilité bien plus lourde que celle qu'il voulait éviter.

Faudrait-il donc faire de cette mention l'objet d'un acte spécial reçu par un autre notaire? Évidemment, on ne peut songer à une pareille mesure, qui impliquerait un droit de contrôle réciproque, susceptible d'être exercé par les notaires en ce qui touche la partie la plus délicate de leurs fonctions. (Bonnet, *op. cit.*, p. 48.)

Si les clauses préventives constatant que le notaire a accompli son devoir légal doivent être prohibées, comme contraires à l'article 8 de la loi de ventôse, l'exercice des fonctions notariales, tel que l'exige l'art. 3 de cette même loi, deviendrait impossible dans un grand nombre de cas. L'extension de l'art. 8 aux mentions dont nous parlons supposerait de la part du législateur une inconséquence flagrante qu'il est difficile d'admettre.

Sans doute, une clause préventive ne saurait dé-

gager la responsabilité du notaire qui reçoit un acte illicite. Aussi approuvons-nous la jurisprudence quand elle condamne à payer des dommages-intérêts un notaire qui, ayant intérêt à réaliser un prêt au profit d'un ex-tuteur et à l'entourer de solides garanties, a concouru à une série d'opérations qui ont eu pour résultat de substituer une hypothèque conventionnelle de second rang à l'hypothèque légale des mineurs sur les biens de leur ancien tuteur. Le notaire fut, à raison de sa mauvaise foi, déclaré responsable envers les mineurs de l'insuffisance du gage, malgré l'insertion faite dans l'acte d'une clause ainsi conçue : « Les parties reconnaissent avoir traité entre elles du prêt formant l'objet des présentes et au sujet duquel elles déclarent décharger le notaire soussigné de toute responsabilité » (Lyon, 13 janv. 1871 ; Cass. req., 17 juillet 1872, *Rev. not.*, n° 4248).

Mais la clause que la Cour de cassation a déclarée inefficace n'avait pas ce caractère illicite ; la bonne foi du notaire n'était pas contestée : cette mention, eût-elle été exacte en fait, devait néanmoins, d'après la jurisprudence, être considérée en droit comme nulle et non avenue.

Citons encore, en faveur du notariat, l'opinion d'un jurisconsulte dont la compétence en matière de responsabilité professionnelle, est depuis longtemps reconnue «..... De même, dit M. P. Pont, pour les formalités qui sont la conséquence des actes notariés, lorsque les parties, suivant l'usage dont nous parlions tout à l'heure, voudront s'en

abstenir, les notaires trouveront un moyen de le constater dans l'acte de manière que ni l'acte en lui-même, ni les faits ultérieurs n'engagent leur responsabilité. Ils diront, par exemple, que les parties conviennent d'ajourner la formalité, bien qu'il leur ait été donné connaissance de la loi qui l'ordonne » (Pont, *loc. cit.*, *Revue critique*, année 1855, T. VII, p. 49).

D'ailleurs, nous ne prétendons pas donner aux clauses préventives la force probante jusqu'à inscription de faux : nous ne pensons pas que le notaire poursuivi en responsabilité, à l'occasion d'un acte qui contiendrait une clause préventive, puisse se mettre infailliblement à l'abri derrière les énonciations du contrat, et dire aux parties qu'elles font preuve absolue. Ces énonciations n'ont pas, en effet, un rapport direct, intime, avec la disposition : sans lui être absolument étrangères, elles ne s'y rattachent qu'indirectement et ne peuvent servir que d'un commencement de preuve par écrit (1320 C. civ.) ; ce qui aura pour effet de rendre admissibles la preuve testimoniale (art. 1347) et celle par simples présomptions (art. 1353), et de permettre aux juges de déférer le serment supplétoire (art. 1367). Ainsi vérifiée, l'affirmation contenue dans l'acte deviendra une vérité incontestable.

Quoi qu'il en soit, s'ils n'ont pas encore poussé leur théorie jusqu'à sa dernière limite, qui serait logiquement la nullité de tout acte contenant une clause préventive, les tribunaux n'hésitent pas à déclarer nulles et non avenues, en vertu de l'art. 8 de la loi

de ventôse, toutes les mentions conçues dans le même sens, quelles que soient leur forme et leur portée. C'est ainsi que nous avons vu la Cour de Paris déclarer inefficace la formule suivante : « Ce prêt a été négocié directement sans la participation du notaire, lequel n'a été que le rédacteur des conventions. » De même, la Cour de Toulouse n'a pas tenu compte de cette autre mention : « Dont acte, sur réquisition des parties » (Toulouse, 24 mars 1879, *J. N.*, 22178).

Une seule et dernière ressource reste aux notaires : celle d'exiger des clients une déclaration expresse, séparée de l'acte et sous seing privé. La partie écrira au notaire une lettre pour le dispenser de l'accomplissement des formalités, ou pour le prier de ne les remplir que dans certaines limites. Mais comment en obtenir des parties illettrées qui ne savent pas signer, et à l'égard desquelles cependant la responsabilité des notaires est plus rigoureuse? Il demeure donc acquis que le notaire le plus prudent et le plus capable peut, après avoir accompli tous ses devoirs, se trouver exposé à des recours en garantie qu'il lui sera le plus souvent impossible de repousser.

Aussi, nous ne pouvons mieux faire en terminant que de rappeler les sages réflexions de M. Troplong : « Il est de la prudence des tribunaux de se tenir en garde contre les prétentions de clients trop portés à déverser sur autrui la responsabilité d'actes qu'ils ne peuvent imputer qu'à eux-mêmes. A côté des arrêts qui ont sévi contre les notaires, il en est d'autres tout aussi graves qui les ont sauvés de recours in-

justes . » Puis, l'illustre auteur ajoute ces paroles si souvent citées et que répète, en déclarant vouloir s'y associer, M. Demolombe, le grand jurisconsulte du Code civil. « Je pense, en général, qu'il n'est pas bon de pousser à l'excès la responsabilité des notaires, et qu'il ne faut pas environner de trop de périls leurs fonctions, déjà si délicates et si difficiles » (Troplong , *Du mandat* , n° 26. — Demolombe, T. 31, p. 469, n° 538).

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — L'*infantia*, en droit classique, dure jusqu'à 7 ans.

II. — La défense faite au mari d'hypothéquer l'immeuble dotal, même du consentement de sa femme, ne dérive pas de la loi Julia.

III. — Les servitudes ne peuvent pas, même sous Justinien, s'établir par pactes et stipulations.

IV. — Le legs *per præceptionem* de choses dont le testateur a la propriété quiritaire est directement translatif de propriété.

V. — Les *justæ nuptiæ* ne se formaient pas à Rome par le seul consentement.

DROIT CIVIL

I. — La constitution de dot est un titre lucratif quant à la femme, onéreux quant au mari.

II. — Le bail ne confère au preneur qu'un droit personnel.

III. — La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège.

IV. — Le juge ne peut accorder un délai de grâce au débiteur quand le créancier est muni d'un acte notarié.

DROIT COMMERCIAL

Seules, les sociétés commerciales constituent des personnes morales distinctes de la personne des associés.

DROIT ADMINISTRATIF

Les cours d'eau non navigables ni flottables ne sont la propriété de personne. Ce sont des *res nullius*

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Un tribunal français, pour donner l'exéquatur à un jugement étranger, ne doit pas le réviser quant au fond.

Vu :
Le Professeur, président de la Thèse,
R. TOUTAIN.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
E. VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA GESTION D'AFFAIRES

Pages.

INTRODUCTION: Sources d'obligations en droit romain. 5 à 8

CHAPITRE I. — Nature et origines de la gestion d'affaires. 9 à 17

CHAPITRE II. — Conditions de la gestion d'affaires. . . 18 à 63

Première condition. — La gestion doit se référer au patrimoine d'un tiers 18

Deuxième condition. — La gestion doit être ignorée du maître 28

Troisième condition. — Intention de gérer pour un autre et d'obliger. — Action directe, action utile 36

La gestion entreprise *animo donandi* ne donne lieu à aucune action. — Présomptions de libéralité 41

Celui qui gère l'affaire d'autrui *sui lucri causâ* subit l'action directe de gestion d'affaires; mais il n'a qu'une *condictio* pour obtenir le remboursement de ses impenses. 43

Celui qui gère l'affaire d'autrui croyant faire la sienne propre n'est pas gérant d'affaires. — Applications et exceptions. . . 46

CHAPITRE III. — Effets de la gestion d'affaires. . . . . 63 à 135

SECTION 1re. — Obligations du gérant: *actio negotiorum gestorum directa.* 65

1° Le gérant doit administrer en bon père de famille 65

2° Le gérant doit rendre compte. . . . 79

Observation. — Cas où le gérant est un incapable; pupille, *filiusfamiliâs*, mineur de 25 ans, esclave. 80

Pages.

SECTION IIe. — Obligations du maître: *actio negotiorum gestorum contraria* 88
1° Le maître doit rembourser au gérant ses impenses utiles 89
2° Le maître doit décharger le gérant des obligations qu'il a contractées dans l'intérêt de la gestion 92
Observation. — Cas où le *dominus rei gestæ* est un incapable; pupille, esclave ou fils de famille 93
SECTION IIIe. — Effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers. 100
1ent. — Actes judiciaires. 100
2ent. — Actes extrajudiciaires 106
Transmission de droits réels. . . . 108
Droits de créance. 109
CHAPITRE IV. — De la ratification des actes du gérant d'affaires. . . . . 116 à 135
Premièrement. — Effets de la ratification sur les actions de gestion d'affaires. 118
Deuxièmement. — Effets de la ratification sur les obligations contractées ou éteintes par le gérant . . . 122
Troisièmement. — Effets de la ratification sur la transmission des droits réels 125

DROIT FRANÇAIS

DE LA RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

dans les placements hypothécaires

INTRODUCTION ET PRINCIPES GÉNÉRAUX. . . . . 135 à 146
CHAPITRE Ier. — Responsabilité du notaire comme officier public, ... 147 à 201
Principe sur lequel elle repose. — Systèmes divers, ... 147
SECTION Ire. — Responsabilité pour nullité de l'acte notarié 164
§ 1er. — Nullités extrinsèques ou vices de forme. 165
§ 2. — Nullités intrinsèques ou vices de fond. . 171
SECTION II. — Responsabilité pour inaccomplissement des devoirs professionnels 182

Pages.

§ 1er. — Notaire considéré comme conseil des parties 183
Auteurs 183
Jurisprudence 187
§ 2. — Formalités postérieures à l'acte de prêt. . 197
CHAPITRE II. — Responsabilité du notaire, comme mandataire ou gérant d'affaires . . . . . 201 à 241
SECTION Ire. — Le notaire peut être mandataire ou gérant d'affaires. 203
SECTION II. — Différences entre le mandat tacite et la gestion d'affaires. 209
§ 1er. — Quant à la responsabilité. 209
§ 2. — Quant aux modes de preuve 211
SECTION III. — Présomptions invoquées comme preuves du mandat tacite et de la gestion d'affaires 217
§ 1er. — Présomptions non probantes 219
§ 2. — Présomptions probantes. 224
APPENDICE. — Pouvoir d'appréciation des juges et droit de contrôle de la Cour de cassation . . . 231
SECTION IV. — Obligations du notaire comme mandataire ou gérant d'affaires. 233
§ 1er. — Quant à la négociation du prêt 236
§ 2. — Quant aux formalités postérieures à l'acte. 239
CHAPITRE III. — Action en responsabilité . . . . . 242 à 303
SECTION Ire. — Conditions d'existence de l'action : faute préjudiciable 243
Le notaire n'est pas la caution de l'emprunteur. — Crise immobilière . . . 246
SECTION IIe. — Etendue de la responsabilité du notaire
§ 1er. — Comme officier public. 252
§ 2. — Comme mandataire. 256
§ 3. — Dommages-intérêts partagés 259
Faute commune aux parties et au notaire 259
Faute commune à deux notaires : solidarité 261
Faute imputable au notaire et à un tiers . 267
SECTION IIIe. — Droit de contrôle de la Cour de cassation 269
SECTION IVe. — Exercice de l'action en responsabilité . . 272
§ 1er. — Contre qui peut-elle être exercée. . . . 273
§ 2. — Prescription : sa durée, son point de départ 274
§ 3. — Tribunal compétent. 283
§ 4. — Voies d'exécution. — Cautionnement . . 288
SECTION Ve. — Clauses préventives. 290

16343 — Caen — Typ.-Lith E. VALIN, 3, rue au Canu